متنه بداية وشرحه هداية متنه وشرحه لمولانا
برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني رحمه الله
أكثر ما أخذ من جامع الصغير والقدوري

كبيكج

مجموعه

اوراق
شماره
٤٠٧

عدد سطر
٢٧

حديث النبي عليه الصلاة والسلام
اللهم اني اسئلك الجنة وما قرب اليها
من قول وعمل اللهم اني اسئلك
واعوذ بك من النار وما قرب
اليها من قول وعمل انك انت
انه لا يحب المعتدين صدق
رسول الله

فهرس كتاب الهداية

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه • وأظهر شعائر الشرع وأحكامه • وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين • إلى سبيل الحق هادين • وأخلفهم علماء إلى سنن سننهم داعين • يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد • مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الإرشاد • وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق • حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق • غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع • والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع • واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد • والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال • وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ • وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي • أن أشرحها بتوفيق الله شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ • وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الإطناب • وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب • فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية • أجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية ومتون الدراية • تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب • مع ما أنه يشتمل على أصول تنسحب عليها فصول • وأسأل الله عز وجل أن يوفقني لإتمامها • ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها • حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف • يرغب في الأطول والأكبر • ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر • وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله • ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني • فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما أقاوله • متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله • إنه الميسر لكل عسير • وهو على ما يشاء قدير • وبالإجابة جدير

كتاب الطهارة

قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس بهذا النص والغسل هو الإسالة والمسح هو الإصابة وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن الغاية لا تدخل

تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الصوم يطلق على الإمساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى المغيرة بن شعبة عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراطه الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من أصابع اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح

فصل وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده ولأن اليد آلة التطهير فتسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد نفي الفضيلة والأصح أنها مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح قال والسواك لأنه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالأصبع لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عنه من وضوئه عليه السلام ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الأذنان من الرأس والمراد به بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره جبريل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف رحمه الله جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن السنة إكمال الفرض في محله وداخل اللحية ليس بمحل إقامة الفرض قال وتخليل الأصابع لقوله صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم ولأنه إكمال الفرض في محله وتكرار الغسل إلى الثلاث لأن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لأنه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا أنه لا يقع قربة إلا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر إلا في حالة إرادة الصلاة أو هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة عندنا وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا أن أنسا رضي الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم

والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه
لأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلاً فلا يكون مسنوناً وصار كمسح الخف بخلاف الغسل لأنه
لا يضره التكرار **قال** ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في
الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب
ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فتقتضي إعقاب غسل جملة
الأعضاء والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل
والترجل **فصل** في نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى
أو جاء أحد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين
وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم
التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي
عن النبي عليه السلام أنه قاء فلم يتوضأ ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو
المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته
فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة
وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة
تعدي الأول غير أن الخروج يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لأن بزوال
القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس
بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج والفم ظاهر من وجه باطن من وجه
فاعتبر ظاهراً بملء الفم باطناً بما دونه وملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه
يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان
عنده اعتباراً بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام
ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً وقول علي رضي الله عنه حين
عد الأحداث جملة أو دسعة تملأ الفم وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله
على القليل وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقاً
بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله اتحاد السبب وهو
الغثيان ثم ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح
لأنه ليس بنجس حكماً حيث لا ينتقض به الطهارة وهذا إذا قاء مرة أو ماء أو طعاماً فإن قاء
بلغماً فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ناقض إذا كان ملء

الفم والخلاف في المرتقي من الجوف وأما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن
الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف رحمه الله أنه نجس بالمجاورة ولهما أنه لزج لا تتخلله
النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دماً وهو علق يعتبر فيه
ملء الفم لأنه سوداء محترقة وإن كان مائعاً فكذلك عند محمد رحمه الله اعتباراً بسائر أنواعه
وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وإن كان قليلاً لأن المعدة ليست بمحل
الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف نقض بالاتفاق
لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعاً أو متكئاً أو مستنداً إلى شيء
لو أزيل لسقط لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة و
الثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط بخلاف النوم حالة
القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح لأن بعض الاستمساك باق
إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والأصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائماً أو
قاعداً أو راكعاً أو ساجداً إنما الوضوء على من نام مضطجعاً فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت
مفاصله والغلبة على العقل بالإغماء والجنون لأنه فوق النوم مضطجعاً في الاسترخاء والإغماء
حدث في الأحوال كلها وهو القياس في النوم إلا أنا عرفناه بالنص والإغماء فوقه
فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس أنها لا تنقض وهو قول
الشافعي رحمه الله لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثاً في صلاة الجنازة وسجدة
التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم ألا من ضحك منكم قهقهة
فليعد الوضوء والصلاة جميعاً وبمثله يترك القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة
فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعاً له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعاً له دون
جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض
فإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة الدودة وهذا
لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فأشبه الجشاء
والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والذكر لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة
حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فإن قشرت نفطة
فسال منها ماء أو صديد أو غيره إن سال عن رأس الجرح نقض وإن لم يسل لا ينقض
وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض في الوجهين وهي مسألة

الخارج من السبيلين وعن محمد انه نجس لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا
ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج ليس بخارج
فصل في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي رحمه الله هما
سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا
سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما
يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة
والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته
ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة
الا رجليه ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا
حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع
الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا
تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله
عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها
هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل انزال
المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله
خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا
ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل
اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج
بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب قال والتقاء
الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل
او لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا
الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان
السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع وسن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنية وقيل هذه الا بلغ
مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب
لقوله عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن

اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي
يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف
الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما
في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء
لقوله عليه الصلوة والسلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه
خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج
عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها **باب الماء الذي يجوز به
الوضوء وما لا يجوز** الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار و
البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا ولقوله عليه الصلوة والسلام الماء طهور لا ينجسه
شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر و
الثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى ى
الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع
ابي يوسف رحمه الله وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره
فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلي والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى
ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة
بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران
او الصابون او الاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي
عن ابي يوسف رحمه الله انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي
رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه
ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا
ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران
كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في
اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط
به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما
يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك
وردت السنة الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل
ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير

أو صفاته لما روينا وقال الشافعي يجوز إن كان الماء قلتين لقوله عليه الصلاة والسلام إذا
بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم
في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك رحمه الله ورد في بئر بضاعة
وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه أبو داود وهو يضعف عن احتمال
النجاسة والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان
الماء والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة
والغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك طرفه الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء
من الجانب الآخر لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه إذ أثر التحريك في السراية فوق أثر النجاسة ثم عن
أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول أبي يوسف وعنه التحريك باليد وعن محمد
بالتوضي ووجه الأول أن الحاجة إليه في الحياض أشد منها إلى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا
في عشر بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر
بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر إشارة إلى أنه يتنجس موضع الوقوع
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يتنجس إلا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس
سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي رحمه الله
يفسده لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لأن فيه ضرورة
ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه ولأن المنجس اختلاط الدم المسفوح
بأجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة
كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي
يفسده إلا السمك لما مر ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولأنه
لا دم فيها إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده
لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الأصح والضفدع البحري والبري فيه سواء وقيل البري مفسد لوجود
الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي
المولد مفسد قال والماء المستعمل لا يطهر الأحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما
يقولان إن الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع وقال زفر وهو أحد قولي الشافعي
رحمه الله إن كان المستعمل متوضئا فهو طهور وإن كان محدثا فهو طاهر غير طهور لأن العضو طاهر
حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا
بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما

الله هو طاهر غير طهور لأن ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجس إلا أنه أقيمت به قربة
فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام
لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث ولأنه ماء أزيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء
أزيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة نجاسته غليظة اعتبارا بالمستعمل في
الحقيقية وفي رواية أبي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو
ماء أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه هذا عند أبي يوسف
رحمه الله وقيل هو قول أبي حنيفة أيضا وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملا إلا بإقامة القربة لأن
الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام إليه وإنما تزال بالقرب وأبو يوسف رحمه الله يقول إسقاط
الفرض مؤثر أيضا فيثبت الفساد بالأمرين ومتى يصير مستعملا الصحيح أنه كما زايل العضو
صار مستعملا لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب
إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند أبي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده
لإسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الأمرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط
الصب والماء لعدم نية التقرب وعند أبي حنيفة رحمه الله كلاهما نجسان الماء لإسقاط الفرض
عن البعض بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء وقيل عنده نجاسة
الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه أن الرجل طاهر والماء نجس لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال
قبل الانفصال وهو أوفق الروايات عنه قال وكل إهاب دبغ فقد طهر وجازت
الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام أيما إهاب دبغ فقد
طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة
بإهاب لأنه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب
بنجس العين ألا ترى أنه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لأنه نجس العين إذ الهاء
في قوله تعالى فإنه رجس منصرف إليه لقربه وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما
روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وإن كان تشميسا أو تتريبا لأن المقصود يحصل به
فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لأنها تعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات
النجسة وكذلك يطهر لحمه وإن لم يكن مأكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله
نجس لأنهما من أجزاء الميتة ولنا أنه لا حياة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما
الموت إذ الموت زوال الحياة وشعر الإنسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله
نجس لأنه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا أن عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر اذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع
السلف ومسائل الابار مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من
الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان
ان الابار التي في الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل
القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه
الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل
الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان
الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه كالبئر في حق
البعرة والبعرتين وان وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا يفسده خلافا للشافعي رحمه الله له انه
استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع
ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج الماء من ان يكون
طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب
ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر
منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عليه السلام عرف
شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض
عن الحرمة وعند ابي يوسف رحمه الله يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره للتداوي وغيره
لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص
نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه
انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة
ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب
فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع
الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة
اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق
الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو
عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح
جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي

جهام

في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار
البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء و
طريق معرفته ان يحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها او ترسل فيها قصبة ويجعل
لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح
لكل قدر منها عشر دلاء وهذان الطريقان كلاهما عن ابي يوسف وعن محمد مائتا دلو الى
ثلثمائة فكانه بنى على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى
يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في
امر الماء وهذا اشبه بالفقه وان وجدوا في البئر فارة او غيرها ولا يدري متى وقعت و
لم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء
اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس عليهم اعادة حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن راى
في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع
في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن
ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على هذا الخلاف فيقدر بالثلث في
حق البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمراى عينه والبئر غائبة عن عينه
فيفترقان **فصل في الاسار وغيرها** وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ
احدهما حكم صاحبه وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر
ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والنفساء والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من
ولوغه ثلثا لقوله عليه الصلوة والسلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء
دون الاناء من ولوغ الكلب فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل
وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سؤره وهو
دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على
ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه
يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رحمه الله انه غير
مكروه لان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله عليه السلام
الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطواف

ما ينزح منها الى ان تمتلي او يرسل فيها

أي ابينه على الثوب

الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم و
قيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة
ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة
مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره
لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف
انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية
وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه
سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة قال وسؤر
البغل والحمار مشكوك فيه قيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب
على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا
لبنه طاهر وان حرم وعرقه طاهر لا يمنع جواز الصلوة وان فحش وكذا سؤره وهو الاصح
ويروى نص عن محمد رح على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم في طهارته ونجاسته وعن ابي حنيفة رح انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة
والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته وان لم يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال
زفر رح لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر
احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده
في الصحيح لان كراهته لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رح يتوضا به ولا يتيمم
لحديث ليلة الجن ان النبي صلى الله عليه وسلم توضا به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رح
يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي رح عملا باية التيمم لانها اقوى
او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رح يتوضا به ويتيمم لان في
الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة
فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رض وبمثله يزاد على الكتاب واما
الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ
المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا
يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة
يتوضا به لانه يحل شربه عنده وعند محمد رح لا يتوضا به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما
التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء
وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا
ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد
الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر
المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض
يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في
زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او
بالاستعمال واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف
الجنب ان اغتسل بالماء ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج
المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه
الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره قال و
التيمم ضربتان يمسح باحداهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم
ضربتان ضربة للوجه وضربة للذراعين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب
كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا
يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس
لما روي ان قوما جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا
نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم
بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب و
الرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب والرمل
وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رح لقوله تع فلم تجدوا ماء
فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا كذا قاله ابن عباس رض الا ان ابا يوسف رح زاد
عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده
والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط
ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة
على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم
وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ
عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه

على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا تشترط نية التيمم للحدث والجنابة هو الصحيح
من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس
بقربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة ارادة
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها
عبادة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا
للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر
بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة
كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه
وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على
استعماله لان القدرة هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف العدو
والسبع والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة قادر تقديرا والمراد ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر
بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير
فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلوة
الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين فصار كالطامع في
الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في غير رواية الاصول ان التأخير حتم لان
غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله
ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي رح يتيمم لكل فرض لانه طهارة
ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر اذا حضرت جنازة
والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذا
من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته صلوة العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي
غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة
فلا فوات في حقه فان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة
رح وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف
باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع
بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فيفسد
صلوته ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا

صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت
لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا
نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء له
انه واجد للماء فصار كما لو كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة
فيفترض الطلب عليه ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب
لا للاستعمال ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى
خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه
ماء ان يطلب الماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان
غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب
مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه قبل
ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع
عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق
العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا
يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط والله سبحانه وتعالى اعلم

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن
من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما
على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان
شاء الله وبحدث متأخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا
لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة
كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل
رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث
بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم
يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر
ثلاثة ايام ولياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر

من وقت الحدث والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبتدأ من قبل الاصابع الى الساق لحديث
المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة
واحدة وكانى انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم
المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس
فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل و
فرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول
اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه مقدار ثلث اصابع
من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل
لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن
قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير ان ينكشف قدر ثلث
اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فيقام مقام
الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي
ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان
الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف
العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال
قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها
الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في
النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء
وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما
لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا فاذا تمت المدة نزع
خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة
لان عند النزع يسرى الحدث السابق لانه لا معتبر به في حق المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام
يوم وليلة يمسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر
فيه آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف
ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى
بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق
فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي عليه السلام

عليه السلام مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو
بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا
يتحول الى غيره وان كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان ينفذ
البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين
وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان الماء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على جوربيه
ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه
الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث
وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع و
القفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان
شدها على غير وضوء لانه عليه الصلوة والسلام فعل ذلك وامر عليا رضه به ولان الحرج
فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح عليه ويكتفي بالمسح على اكثرها ذكره الحسن ولا
يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت فان سقطت الجبيرة عن غير برء لم يبطل المسح لان العذر قائم
والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان
كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام ولياليها وهو حجة على الشافعي في التقدير
بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا
هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في
التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه
المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في ايام الحيض فهو حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف
لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي
ولهما ما روي عن عائشة رضه انها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا
وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا
كانت من ذوات الاقراء يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا والحيض يسقط
عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلوة لقول عائشة رضه
عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام

ولا تقضي الصلوة ولأن في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد
وكذا الجنب لقوله عليه السلام فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في إباحة
الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لأن الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها
لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام
لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو بإطلاقه يتناول ما دون
الآية فيكون حجة على الطحاوي في إباحته وليس لهم مس المصحف إلا بغلافه ولا أخذ درهم فيه سورة
من القرآن إلا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن إلا
طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان
في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه
بالكم هو الصحيح لأنه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لأن فيه ضرورة ولا بأس بدفع
المصحف إلى الصبيان لأن في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الأمر بالتطهير حرجا بهم هذا هو الصحيح وإذا
انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لأن الدم يدر تارة وينقطع أخرى فلا بد
من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت صلوة بقدر أن تقدر
على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لأن الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان
انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وإن اغتسلت لأن العود في
العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل
لأن الحيض لا مزيد له على العشرة إلا أنه لا يستحب للنهي في القراءة بالتشديد والطهر إذا تخلل بين الدمين في مدة
الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه إحدى الروايات عن أبي حنيفة ووجهه أن استيعاب الدم مدة
الحيض ليس بشرط بالإجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن أبي يوسف وهو رواية عن
أبي حنيفة وقيل هو آخر أقواله أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لأنه طهر
فاسد فيكون بمنزلة الدم والأخذ بهذا القول أيسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض وأقل الطهر خمسة
عشر يوما هكذا روي عن إبراهيم النخعي وأنه لا يعرف إلا توقيفا ولا غاية لأكثره لأنه قد يمتد إلى سنة و
سنتين فلا يتقدر بتقدير إلا إذا استمر بها الدم فاحتيج إلى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض
ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلوة ولا الوطء لقوله عليه السلام توضئي وصلي
وإن قطر الدم على الحصير وإذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الإجماع ولو زاد
الدم على عشرة أيام ولها عادة معروفة دونها ردت إلى أيام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله
عليه الصلوة والسلام المستحاضة تدع الصلوة أيام أقرائها ولأن الزائد على العادة يجانس

يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وإن ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر و
الباقي استحاضة لأنا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك **فصل** والمستحاضة ومن به سلس
البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل صلوة مكتوبة
لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة فلا
تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالأول
لأن اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر أي وقتها ولأن الوقت أقيم مقام الأداء
تيسيرا فيدار الحكم عليه فإذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلوة أخرى و
وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر استأنفوا إذا دخل الوقت فإن توضؤا حين تطلع
الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
وزفر رحمهما الله أجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله أن طهارة المعذور تنتقض بخروج
الوقت أي عنده بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر و
بأيهما كان عند أبي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال
كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة إلى الأداء
ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولأبي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر
قبله وبعده ولهما أنه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء كما دخل الوقت
وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت
المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له أن يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لأنها
بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه للعصر فعندهما ليس له أن
يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة
إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذلك كل من هو في معناها وهو من ذكرناه
ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لأن الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل والله أعلم
فصل في النفاس النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لأنه مأخوذ من تنفس
الرحم بالدم أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء
أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتدا وقال الشافعي حيض
اعتبارا بالنفاس إذ هما جميعا من الرحم ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة و
والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى

عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد
حتى تصير المراة به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان
تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره
اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت
للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين
وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم تكن
لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن
واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان بين الولدين اربعون
يوما وقال محمد رح من الولد الاخير وهو قول زفر رح لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير
نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض
لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت
بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع والله اعلم

باب الانجاس وتطهيرها

وتطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى
وثيابك فطهر وقوله عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب
وجب التطهير في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء
وبكل مايع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس
لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المايع قالع والطهورية
بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاؤها يبقى طاهرا وجواب الكتاب
لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه
انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة
والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رح لا يجوز وهو القياس
الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما
قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته
لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب
لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رح انه اذا مسحه بالارض حتى لم
يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه

مطلب مهم

فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب
يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس والمني نجس يجب
غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأه فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها
فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رح المني طاهر والحجة عليه
ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال
مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل
لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت
المرآة او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان
اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت
بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار
جازت الصلوة معه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص
الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا
عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح و
يروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما
ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها
ثبتت بدليل مقطوع به وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع
الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رح لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض
الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل
والدخريص وعن ابي يوسف رح شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لمكان
الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث
او من اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رح لان النص الوارد في
نجاسته وهو ما روي ان النبي عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا
يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا و
بهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف
بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر

وان يبس الا ان الثوب لتخلخله يتداخله كثير
من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل م

بالمسح فيكتفي بمؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغيره ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى
البلوى افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف
يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد لا يمنع
وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف رح ولحمه مأكول عندهما
واما عند ابي حنيفة رح فالتخفيف لتعارض الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من سباع الطيور
اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة
لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو
وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم
السمك او من لعاب البغل والحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه
ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما
البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك
ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا
فطهارته زوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها
ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع شرعا وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان
زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل
انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة
وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد
ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام
مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون و
قال الشافعي رح لا بد من الثلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عم من استجمر
فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه
لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا
نزلت الاية في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا ويستعمل
الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث
في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع

وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه
اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رح مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا
يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى
النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا
بيمينه لان النبي عم نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس
لحديث امامة جبريل عم فانه ام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي
اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت
لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عم
لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيه اول وقت الظهر
اذا زالت الشمس لامامة جبريل عم في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار
ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت
الزوال لهما امامة جبريل عم في اليوم الثاني في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان
شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت
بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عم
من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت
الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رح مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبريل
ام في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب حين تغرب الشمس و
آخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة
عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح لقوله عم الشفق
هو الحمرة وله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن
عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم واول وقت العشاء
اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عم وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة
على الشافعي رح في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر
لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه وعند ابي حنيفة
وقته وقت العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر

لقوله عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التغليس في كل صلوة لما
ما روينا وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية
انس رض انه قال كان النبي عم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما
لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان
يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام
لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عم
لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في
الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل
الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما
فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله قال ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان
يؤخر الصلوة الى آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف ان
لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل فاذا كان يوم غيم
فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل
الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان
تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت
لا قبله **فصل في الاوقات** التي تكره فيها الصلوة لا تجوز الصلوة عند طلوع ولا عند قيامها في
الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة بن عامر رض قال ثلث اوقات نهانا رسول الله صم ان نصلي فيها
وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيفت للغروب حتى
تغرب والمراد بقوله ان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي
في تخصيص الفرائض وبمكة وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلوة جنازة
لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء
القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في
آخر الوقت قاض فاذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت
كاملة فلا تتأدى بالناقص قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا فيه سجدة فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب
بحضور الجنازة والتلاوة **قال** ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت و

وسجدة التلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول
بالفرض في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهرت في حق المنذور
لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب
لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدي **قال** ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر
لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من
تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما
اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما
وقال الشافعي فيه ذلك لحديث ابي محذورة رض ان النبي عم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه
تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله عنه
قال الصلوة خير من النوم مرتين حين وجد النبي راقدا فقال النبي عليه السلام ما احسن هذا اجعله
في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح
قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي
في قوله انها فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه السلام
لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة
لان الملك النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره
لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم وان
استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما
كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان
يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عم بلالا ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها
ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان
والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على
ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس
وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله
وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد لان الناس
سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين

كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا المفتي والقاضي قال ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجود مثلها بين كلمات الاذان فيفصل
بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رح ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في
مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا
بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه وقال يعقوب رأيت ابا حنيفة رح يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس
فيفيد ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عم ويؤذن لكم خياركم قال ويؤذن
للفائتة ويقيم لان النبي عم قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في
اكتفائه بالاقامة قال فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء
اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار
وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي
ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه
استحبابا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ويروى
انه لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه
ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان
شبها بالصلوة فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير
اذا اذن واقام على غير وضوء لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة
الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد
الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها
جائزة بدون الاذان والاقامة وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه
السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام و
قبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف رح وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل
لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عم لبلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر
هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عم لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سا
فرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار
الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون قال ولو
صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جميعا جاز لقول ابن مسعود
رضي الله عنه اذان الحي يكفينا والفرق بين المنفرد والمسافر ان المنفرد يصلي باذان

باب شروط الصلوة

التي تتقدمها يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله
تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا
زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة ولقوله عم لا صلوة لحائض الا بخمار اي
لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته و
يروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبتيه وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله
الشافعي رح والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا
بقوله عم الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عم المرأة عورة
مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم
عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح قال فان صلت وثلث ساقها او ربعها
مكشوفة تعيد الصلوة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو
يوسف رح لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله
اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال
كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد
جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو
على حدة والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة
الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم
وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها
فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج
لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال
دفعا للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان
كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام
كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رح وهو احد قولي الشافعي رح لان في الصلوة
فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف
يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع
جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك
الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة
بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله عم

فان صلى قائما اجزاه • لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان
فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه
لا خلف له والايماء خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها
وبين التحريمة بعمل • والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام
وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم
عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى
لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم
بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة
نفلا يكفيه مطلق النية وكذلك ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من تعيين
الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض • وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته • لانه يلزمه
فساد الصلوة من جهة الامام فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة • لقوله تعالى فولوا وجوهكم
شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف
بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت
عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضوان الله عليهم تحروا وصلوا ولم ينكر
عليهم رسول الله عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق
التحري • فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها • وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ
ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع • فان علم ذلك في
الصلوة استدار الى القبلة • لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه
النبي عم وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض
المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه وصلى
كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه
المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة قال ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه
على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة • لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله
تعالى وقوموا لله قانتين • والقراءة • لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن • والركوع والسجود لقوله تعالى
اركعوا واسجدوا • والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد • لقوله عم لابن مسعود رضي الله عنه
حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ

او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة الهام
ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت
في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا
السهو بتركها هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لانه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا
شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رح
حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع هو يقول انه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان
وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر
كتكرار الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام قال ويرفع يديه مع التكبير و
هو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي
عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي رح والاصح انه يرفع يديه اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى
والنفي مقدم على الاثبات ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يرفع الى منكبيه
وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عم
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء بن عازب وانس رضي الله عنهم ان النبي عم
كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل
على حالة العذر والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل
او الله اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة رح ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا قوله الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي رح لا يجوز الا
بالاوليين وقال مالك رح لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول
ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رح يقول ان افعل وفعيلا
في صفات الله تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل قال وان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى
بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن
العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رح في العربية ومع ابي يوسف رح
في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما
ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان
الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رح قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة
ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى

سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في
الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسألة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتسمية والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان افتتح
الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم
فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا
قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين
على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رح في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر
ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه
وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات
الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف رح انه يضم اليه قوله وجهت
وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه ان عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولم يزد على هذا وما
رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى
ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح قال ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم
لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن
والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة
دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن
تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود
اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر
بالقراءة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان
انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رح انه لا يأتي بها الا في اول كل ركعة
لا يجهر بها كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة
الا عند محمد رح فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة معها او ثلث آيات
من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في
الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي
قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه

المراد من المشاهير
ما اشتهر من الروايات

بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين
ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام اذا قال الامام
ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها
لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطاء فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام
كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه
استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام
لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه
الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة
قال ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي
عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك
وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك
الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده
فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا
للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول
على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به
بفرض قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض
وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم تصل قاله
لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة
فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته
اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة
سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو
بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه
لما روي انه عليه السلام فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر

[illegible]

الاكتفاء بالتسميع ويروى

كونه به

على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه
لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعدّ منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق
بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور
ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكره
القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عليه السلام
كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها
ويبدي ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابدّ من الابداد وهو المد والاول من الابداء
وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر
بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة
لقوله عم اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في
سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم واذا سجد احدكم فليقل في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع
والسجود بعد ان يختم بالوتر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه
يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون
تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال
ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عم في حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى
تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وكبر وسجد اخرى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار
الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز
لانه يعد جالسا فتتحقق الثانية قال فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه
ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عم
فعل كذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه
وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في
الركعة الثانية مثل ما يفعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة
ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في
الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنهما واذا رفع راسه من السجدة
الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة

مطلب في بيان التشهد

القبلة بكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله عم في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه
وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل في قعدته ولان فيه توجيه اصابع يديه الى
القبلة وان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي الى آخره وهذا تشهد عبد الله بن
مسعود رضه فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن
وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضه وهو قوله التحيات المباركات
الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
الى آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد
الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه
علمني رسول الله عم التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من
التشهد وان كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة
الكتاب وحدها وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما نبين ان شاء الله تعالى وجلس في
الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة ولانها اشق على البدن من التورك
الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد
وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي فيهما
فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم
فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة
كما قاله الكرخي او كلما ذكر النبي عم كما اختاره الطحاوي فكفينا الامر والفرض المروي في التشهد
التقدير قال ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث
ابن مسعود رضه وقال له النبي عم ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة على
النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي
بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله
اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعماله فيما بين العباد يقال
رزق الامير جيشه ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما
روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم كان يسلم عن يمينه وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من
الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا
ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان

كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف رح
ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد
ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا
محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة
السلام واجبة عندنا وليست بفريضة خلافا للشافعي رح وهو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير و
تحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا
انا اثبتنا بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية **فصل في القراءة** ويجهر بالقراءة في الفجر وفي
الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث و
ان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه
ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر و
ان كان بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك رح
والحجة عليه ما روينا ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار
يخافت وبالليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا **قال** ومن
فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل النبي عليه السلام حين قضى الفجر غداة
ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما
او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة
ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين
الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقضي واحدة
منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان
قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على
السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع
ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة
بالفاتحة فلم يكن مراعيا موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة
في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان
يسمع غيره وهذا عند الفقيه ابي جعفر الهندواني رح لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة
بدون الصوت وقال الكرخي رح ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان
القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما

الوجوب م

جو م

مهم

يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة
في الصلوة اية عند ابي حنيفة وقالا ثلث ايات قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قاريا بدونه
فاشبه قراءة ما دون الاية وله قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون
الاية خارج والاية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء
لما روي ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط
شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان
في امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف
ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين
الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة و
بالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى
كثرة الاشغال وقلتها **قال** وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في
الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء
يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه
كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر و
العشاء باوساط المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء
يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة
الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة **قال** وركعتا الظهر سواء
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات
كلها لما روي ان النبي عليه السلام كان يطول الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين
استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة
والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان
بما دون ثلث ايات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة
بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه
من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رح في الفاتحة له
ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم وهو ركن مشترك
بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل
الاحتياط فيما يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام

وفي المغرب بقصار المفصل خ

بالتطويل م

قوله عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة
وعليه ح

انه الترغيب في الترتيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك
يخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى
يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن
المنبر والاحوط هو السكوت فانه لفرض من الاكمال

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى
الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى
العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان
فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم
بالسنة واقرأهم كان اعلمهم بالسنة لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في
زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي
فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام لابني مليكة وليؤمكما اكبركما سنا ولان
في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس
له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز
لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما
فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن الجماعة
لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن
قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف قال ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنه
فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد انه يضع
اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه
خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف انه يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله
بن مسعود ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر
دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من
حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح
والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف
في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان

مطلب في بيان الصفوف

لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي
على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان
الصلوة تجزئه قال ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم
اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان
في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي
ان فرعنا الاعتبار بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب
به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم
على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا
لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما تشترط نية
الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احداهما ان الفساد
في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون
مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص
بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف
الفتنة قال ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط
الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء
فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن
الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف
المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن
بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي قال ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف
العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة
ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم
وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي
القائم خلف القاعد وقال محمد رح لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو
ما روي انه عليه السلام صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف
مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فثبت

القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لأن حال المقتدي أقوى وفيه خلاف زفر رح
ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لأن الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام
فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لأن الاقتداء شركة و
موافقة ولا بد من الاتحاد وعند الشافعي رح يصح في جميع ذلك لأن الاقتداء عنده أداء
على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى في الاتحاد ويصلي المتنفل خلف المفترض لأن
الحاجة في حقه إلى أصل الصلوة وهو موجود في حق الإمام فيتحقق البناء ومن اقتدى بإمام
ثم علم أن إمامه محدث أعاد لقوله عم من أم قوما ثم ظهر أنه كان محدثا أو جنبا أعاد
صلوته وأعادوا وفيه خلاف الشافعي رح بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك
في الجواز والفساد وإذا صلى أمي بقوم يقرؤن وبقوم أميين فصلوتهم فاسدة عند
أبي حنيفة رح وقالا صلوة الإمام ومن لا يقرأ تامة لأنه معذور أم قوما
معذورين وغير معذورين فصار كما إذا أم العاري عراة ولابسين وله أن
الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لأنه لو اقتدى بالقاري
تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة في حق المقتدي ولو كان يصلي الأمي وحده والقاري
وحده جاز هو الصحيح لأنه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة وإن قرأ الإمام في الأوليين
ثم قدم في الأخريين أميا فسدت صلوتهم وقال زفر رح لا تفسد لتأدي فرض القراءة
ولنا أن كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة إما تحقيقا أو تقديرا ولا تقدير في
حق الأمي لانعدام الأهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد والله تعالى أعلم

الفرضية

بقوم

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فإن كان إماما استخلف وتوضأ وبنى و
القياس أن يستقبل وهو قول الشافعي رح لأن الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها
فأشبه الحدث العمد ولنا قوله عم من قاء أو رعف أو أمذى في صلوته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه الصلوة والسلام إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف
فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به
والاستيناف أفضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل إن المنفرد يستقبل والإمام والمقتدي
يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد إن شاء أتم في منزله وإن شاء عاد إلى مكانه والمقتدي
يعود إلى مكانه إلا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل ومن ظن أنه أحدث فخرج
من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلوة وإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس

والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رح لوجود الانصراف من غير عذر وجه
الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح ألا يرى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته
فالحق قصد الإصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وإن كان استخلف فسدت لأنه عمل
كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وإن
لم يخرج لأن الانصراف على سبيل الرفض ألا يرى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الحرف
ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وإن لم يكن فمقدار
الصفوف خلفه وإن كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب فإن جن أو نام فاحتلم
أو أغمي عليه استقبل الصلوة لأنه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص
هو الحدث وكذلك إذا قهقه في الصلوة لأنه بمنزلة الكلام وهو قاطع وإن حصر الإمام
عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجزيهم لأنه يندر وجود ذلك وله أن
الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا ألزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة
لا يجوز بالإجماع لعدم الحاجة إلى الاستخلاف وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم
لأن التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وإن تعمد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو
عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لأنه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا إعادة عليه
لأنه لم يبق عليه شيء من الأركان فإن رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل
وإن رآه بعدما قعد قدر التشهد أو كان ماسحا فانقضت مدة مسحه أو خلع خفيه بعمل يسير
أو كان أميا فتعلم سورة أو عريانا فوجد ثوبا أو موميا فقدر على الركوع والسجود أو تذكر فائتة
عليه قبل هذه أو أحدث الإمام القاري فاستخلف أميا أو طلعت الشمس في الفجر أو دخل وقت العصر في الجمعة أو
كان ماسحا على الجبيرة فسقط عن برء أو كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت
الصلوة عند أبي حنيفة رح وقالا تمت صلوته وقيل الأصل فيه أن الخروج عن الصلوة بفعل المصلي فرض عند أبي حنيفة
وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة
وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رض وله أنه لا يمكنه أداء صلوة
أخرى إلا بالخروج من هذه وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضا ومعنى قوله عليه السلام
تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وإنما الفساد ضرورة
حكم شرعي وهو عدم صلاحية الإمامة ومن اقتدى بإمام بعدما صلى ركعة فأحدث الإمام
فقدمه أجزأه لوجود المشاركة في التحريمة والأولى للإمام أن يقدم مدركا لأنه أقدر على إتمام
صلوته وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى

اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى اليه السلام يتقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم
صلوة الامام قهقهة او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة
القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول
ان كان فرغ لا يفسد وهو الاصح وان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او
احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول الصلوة عند ابي حنيفة رح وقالا لا تفسد
لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على
صلوة الامام فكذا اصحة وفسادا كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي
يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه والبناء
على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة
ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن
بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على
الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من
ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولوية
لان الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال مع الطهارة شرط وعن ابي يوسف
انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من
المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع
المزاحمة ولا مزاحمة ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة فلو لم يكن خلفه
الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي في الخطأ و
النسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف
السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من
كاف الخطاب فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة والنار
لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار
الوجع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رح ان قوله آه لم يفسد
في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما

وهما زائدتان او احدهما لا يفسد وان كانتا اصليتين يفسد وحروف الزوائد جمعوها في قوله
اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء و
افهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل
به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف
ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس
فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا
وان استفتح ففتح عليه رجل في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم
وتعلم فكان من جنس كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل
منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما مفسدا
لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة
هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة
الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة
وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى
ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه لانه
ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد به اعلامه انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام
اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع
فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ
بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف
فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة اخرى الا انه يكره لانه
يتشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رح ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير
ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى
الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف
لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رح لان المقصود هنالك الفهم اما فساد
الصلوة فبالعمل الكثير

فصل

وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله ع
لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه
من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل

مطلب في انتقال الامام من آية الى آية اخرى

ويحاذي أعضاؤه أعضاءه ولو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة لقوله عليه السلام إذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع قيل وذراع فصاعدا لقوله عم أيعجز أحدكم إذا صلى في الصحراء أن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي أن يكون في غلظ الإصبع لأن ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عم من صلى إلى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الأيمن أو على الأيسر به ورد الأثر وسترة الإمام سترة للقوم لأنه عم صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويجعل السترة على حاجبه الأيمن أو الأيسر به ورد الأثر ويعتبر الغرز دون الإلقاء والخط لأن المقصود لا يحصل به ويدرأ المار إذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة لقوله عم ادرؤوا ما استطعتم ويدرأ بالإشارة كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بولدي أم سلمة رضي الله عنها أو يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لأن بأحدهما كفاية

فصل ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده لقوله عم إن الله كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة ولأن العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة ولا يقلب الحصى إلا أن لا يمكنه من السجود فيسويه مرة واحدة لقوله عم مرة يا أبا ذر وإلا فذر ولأن فيه إصلاح صلاته قال ولا يفرقع أصابعه لقوله عم لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لأنه عم نهى عن الاختصار في الصلاة ولأن فيه ترك الوضع المسنون قال ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لا يكره لأنه عم كان يلاحظ أصحابه في صلاته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول أبي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلاث أن أنقر نقر الديك وأن أقعي إقعاء الكلب وأن أفترش افتراش الثعلب والإقعاء أن يضع أليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح قال ولا يرد السلام بلسانه لأنه كلام ولا بيده لأنه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته ولا يتربع إلا من عذر لأن فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو أن يجمع شعره على هامته ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد فقد روي أنه عليه السلام نهى أن يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لأنه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لأنه عم نهى عن السدل وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه قال ولا يأكل ولا يشرب لأنه ليس من أعمال الصلاة فإن أكل أو شرب عامدا أو ناسيا فسدت صلاته لأنه عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة قال ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره أن يقوم في الطاق لأنه يشبه صنيع أهل الكتاب من حيث تخصيص الإمام

بالمكان بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق ويكره أن يكون الإمام على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لأنه ازدراء بالإمام ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يتحدث لأن ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض أسفاره ولا بأس بأن يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق لأنهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بأن يصلي على بساط فيه تصاوير لأن فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لأنه يشبه عبادة الصورة وأطلق الكراهة في الأصل لأن المصلى معظم ويكره أن يكون فوق رأسه في السقف أو بين يديه أو بحذائه تصاوير أو صورة معلقة لحديث جبريل عم إنا لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لأن الصغار جدا لا تعبد ولو كان التمثال مقطوع الرأس أي ممحو الرأس فليس بتمثال لأنه لا يعبد بدون الرأس وصار كما إذا صلى إلى شمع أو سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة أو على بساط مفروش لا يكره لأنها تداس وتوطأ بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت على السترة لأنه تعظيم لها وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لأنه يشبه حامل الصنم والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لأنه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لقوله عم اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة ولأن فيه إزالة الشغل فأشبه درء المار ويستوي جميع أنواع الحيات هو الصحيح لإطلاق ما روينا ويكره عد الآي والتسبيحات باليد وكذلك عد السور لأن ذلك ليس من أعمال الصلاة وعن أبي يوسف ومحمد رح أنه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لأن المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط إلى الأرض بخلاف المستقبل لأن فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط إليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لأن سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما أعد للصلاة في البيت لأنه لم يأخذ حكم المسجد وإن ندبنا إليه ويكره أن يغلق باب المسجد في غير أوان الصلاة ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير إلى أنه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا إذا فعل من مال نفسه أما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع إلى إحكام البناء دون ما يرجع إلى النقش حتى لو فعل يضمن والله أعلم بالصواب

لأنه يمنع الناس عن الصلوة وقيل لا بأس به إذا خيف على متاع المسجد

احكام

باب صلوة الوتر الوتر واجب عند ابي حنيفة رح وقالا سنة لظهور اثار السنن فيه حيث
لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رح قوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى زادكم
صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء
بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنهما انه سنة وهو يؤدى في وقت
العشاء فاكتفي باذانه واقامته قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت
عائشة رضي الله عنها كان يوتر بثلث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال
الشافعي رح وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رح والحجة عليهما ما رويناه ويقنت
في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رح بعده لما روي ان النبي عليه السلام قنت في آخر الوتر
وهو بعد الركوع ولنا انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على النصف فهو آخره ويقنت
في جميع السنة خلافا للشافعي رح في غير النصف الاخير من شهر رمضان لقوله عليه الصلوة والسلام للحسن
حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب
وسورة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت
ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت
في صلوة غيرها خلافا للشافعي رح في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة
الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل
يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي و
الاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر
واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في قنوت
الوتر الاخفاء لانه دعاء والله اعلم باب النوافل السنة ركعتان قبل الفجر واربع
قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب
واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي
عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره
ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رح على ما عرف من مذهبه والاربع
قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله النبي صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي رح وفي نوافل

النهار ان شاء صلى بتسليمة واحدة ركعتين وان شاء اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة
الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز وتكره الزيادة وقالا رح
لا يزيد في الليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل
الكراهية انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عندهما
مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وقال الشافعي رح فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رح فيهما اربع
اربع للشافعي رح قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولا
بي حنيفة رح انه عليه الصلوة والسلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها و
كان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة
ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى العكس يخرج
والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا فصل
القراءة واجبة في الركعتين وقال الشافعي رح في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة
الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك رح في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا
قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا
بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فتفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة
القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة
وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين
معناه ان شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة رح وهو المأثور عن
علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي عليه السلام
داوم على ذلك ولهذا لا يجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات
النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة
مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا
قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال
الشافعي رح لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام
ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين
قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون ملزما
هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني
لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رح انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع

ملزم ما شرع فيه وما التحق له الا به ونية الشفع الاول لا يتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية
وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة ولو
صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وعند
ابي يوسف رح يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد رح ترك
القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي
يوسف رح ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد
الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء
الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رح ترك القراءة في
الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة
على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب
القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول
اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول
عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رح فيصح الشروع في الثاني
ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فيجب قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء
الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فيصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة
لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع
لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رح ان صح فقد اداها
بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف رح قضاء الاربع
وكذا عند ابي حنيفة رح لان التحريمة باقية وعند محمد رح قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت
عنده وقد انكر ابو يوسف رح هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة رح
انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رح لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا
غير قضى اربعا عندهما وعند محمد رح ركعتان ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي
يوسف رح وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها
يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل
كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على
النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له ان يترك
كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه

فعليه قضاء الاخريين ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين
فعليه قضاء الاوليين ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين

عند ابي حنيفة

لانه عهد منه عليه السلام وعامة الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عنده وهذا استحسان
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر
صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض
مشايخنا ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رض
قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان
النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه النافلة او ينقطع
عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رح انه ينزل
لسنة الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي
يوسف رح انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب
وان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب
انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب
الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف رح انه يستقبل اذا نزل
ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر **فصل** في قيام شهر رمضان
يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة
بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة
كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رح لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين
العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى
لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة
لان افراد الصحابة رض يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة
وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات
وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ
والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر
قدر القراءة فيها واكثر المشايخ رح على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد
التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان وعليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا
لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض

الروايات

والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة فاقيم
او خطب الامام يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها
كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد
لم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء
كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام فاذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة
لان الرفض الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم
لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى يفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة
وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد
المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل
مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او
رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع **قال** الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان
قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا بأس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن
في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان
تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين
وان خشي فوتهما دخل مع الامام ولم يجتمع لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف
سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد رح في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين
ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا كان الامام في
الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم واذا فاتته
ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها
عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه
عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا
تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما رواه على الاصل
وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ
في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر في
جماعة وقال محمد رح قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا

ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث
في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن دخل مسجدا قد صلي فيه بالجماعة فلا بأس بان يتطوع قبل
المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان في ضيق تركه
قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها
وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في
الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة
والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت
قال ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا
لتلك الركعة خلافا لزفر رح هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو
المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه
فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رح لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين
الفوائت وبين فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي رح مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا
يصير شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت
يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت
كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف
ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث
ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام شغل عن اربع
صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت
على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت بنفسها كما سقط بينها
وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو
المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته
التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رح انه اعتبر دخول وقت السادسة
والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة
قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا

عن الست او دون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روى
عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة
على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها قال ومن صلى العصر وهو ذاكر
انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت
الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل لان التحريمة
عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف
الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا
حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر
انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة
عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى
السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فانه يعيد العشاء عنده والسنة دون
الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي
يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام
لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه الصلوة والسلام سجد سجدتي السهو بعد
السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر
فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي
بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي
عليه الصلوة والسلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة
قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على
ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فيكون
واجبة كالدماء في الحج فاذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب وتاخير ركن ساهيا هذا هو
الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا
ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة او ترك قراءة

كان م
او تاخيره

او ترك الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عليه السلام
واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة فيدل
انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما
وكل ذلك واجب وفيها سجدة السهو هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر
تلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية
في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن
الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما
ثلاث آيات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الامام
يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام
فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم
لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل
تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان
ما يقرب من الشيء ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى
القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة
الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان
ما دون الركعة بمحل الرفض قال وألغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فيرتفض ويسجد للسهو لانه
اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة
قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة
بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه
مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان تمام
الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث
في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة
ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالعود
لما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان
الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعة
الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليهما

تحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه المسنون وفي
النفل بالدخول لا على وجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان
فيهما يصلي ستا عند محمد رح لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد رح اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رح يقضي ركعتين
لان السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي
اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى
الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا
السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة
اصلا لانها وجبت لجبر النقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف
لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود
ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة
ومن سلم يريد به قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته
تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استأنف
لقوله م اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان يعرض له كثيرا
بنى على اكبر رأيه لقوله م من شك في صلوته فليتحر الصواب فان لم يكن له رأي بنى على اليقين والاستقبال
بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع
يتوهم آخر صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعدة **باب صلوة المريض** اذا عجز
المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله م لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
فان لم يستطع الركوع والسجود اومأ ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه
لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله م ان قدرت ان تسجد على
الارض فاسجد والا فأوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض رأسه اجزأه لوجود الايماء وان
وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى
القبلة واومأ بالركوع والسجود لقوله م يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم
يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم يستطع فالله احق بقبول العذر منه وان استلقى على
جنبه ووجهه الى القبلة فاومأ جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هي الاولى عندنا خلافا

لقوله م من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على الاقل

يصير

للشافعي رح لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب
قدميه وبه تتأدى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه ولا يومئ بعينيه ولا بحاجبيه
ولا بقلبه خلافا لزفر رح لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممنوع ولا قياس على الرأس
لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط
الصلوة عنه وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون
الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام و
يصلي قاعدا يومئ ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجود لما فيه من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه
السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته
قائما ثم حدث به مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد ويومئ ايماء ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر
لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته
قائما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم
بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعا لانه لا يجوز
اقتداء الراكع بالمومئ فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا فلا بأس بان يتوكأ على عصا او حائط
او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي
حنيفة رح لانه لو قعد عنده بغير عذر يجوز فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما
فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب
النوافل قال ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزأه عند ابي حنيفة رح والقيام افضل وقالا لا
يجزئه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو
كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه
والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى
وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء
وقت صلوة كاملا لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت
فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في
حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رح بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر
ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رح لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور
عن علي وابن عمر رضي الله عنهما

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم و

والاولى في الحج والفرقان والرعد والنحل وبني اسرائيل والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة و
النجم واذا السماء انشقت واقرأ وكذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة
الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر
رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء
قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب
وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام اية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته وان
تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي
الى خلاف وضع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام
عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها
كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها
هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة سجدة من رجل ليس معهم في الصلوة
لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها
بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل
قال فاعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام
الصلوة وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد وان
قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها
لانه صار مدركا لها بادراك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها
فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها
فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلاتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص قال ومن
تلا اية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوة فتلاها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين لان
الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة
السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في
الصلوة فتلاها سجد اخرى لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم
على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها
في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل
ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني

والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد
الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هناك
وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا
في الدياسة للاحتياط واذا تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في
حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب
على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا
بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان
ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ السورة في الصلوة
او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ اية السجدة
ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد احب الي ان يقرأ قبلها اية او ايتين دفعا
لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين والله اعلم

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي
الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة
الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي رحمه الله
بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رحمه الله
التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا معتبر بالسير في الماء
معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر
في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم
ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان
صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته ركعتان عن فرضه والاخريان له نافلة اعتبارا
بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة
بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها
فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى
ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار
مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور
عن ابن عباس وابن عمر والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير

إلى أنه لا تصح نية الإقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم أن يخرج غدا أو بعد غد
ولم ينو مدة الإقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لأن ابن عمر رض أقام بأذربيجان ستة أشهر
وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم مثل ذلك وإذا دخل العسكر أرض الحرب
فنووا الإقامة بها قصروا وكذا إذا حاصروا فيها مدينة أو حصنا لأن الداخل بين أن يهزم فيقر
وبين أن يهزم فيفر فلم تكن دار إقامة وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم
في البحر لأن حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح يصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم للتمكن
من القرار ظاهرا وعند أبي يوسف رح يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه موضع إقامة ونية الإقامة
من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية قيل لا تصح والأصح أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف رح
لأن الإقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى وإذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت أتم
أربعا لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت
وإن دخل معه في فائتة لم تجزه لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الإقامة
فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة وإذا صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم
وأتم المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق إلا
أنه لا يقرأ في الأصح لأنه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق
لأنه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الإتيان أولى **قال** ويستحب للإمام إذا سلم
أن يقول أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر لأن النبي عليه الصلوة والسلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو
مسافر وإذا دخل المسافر في مصره أتم الصلوة وإن لم ينو الإقامة فيه لأنه عليه السلام وأصحابه
رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن
فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول قصر لأنه لم يبق وطنا له ألا ترى أنه عليه السلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله دون السفر
ووطن الإقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالأصلي وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما
لم يتم الصلوة لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى
عنه إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لأن إقامة المرء تضاف إلى مبيته
قال ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر
أربعا لأن القضاء بحسب الأداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء
في الوقت والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد
الرخصة لأنها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا إطلاق النصوص ولأن نفس

نفس السفر ليس بمعصية وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع أو في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا
تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام و
يقيم الحدود وهذا عند أبي يوسف رح وعنه أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم والأول اختيار
الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع أفنية المصر لأنها بمنزلته
في حوائج أهله وتجوز بمنى إذا كان الأمير أمير الحجاز أو كان الخليفة مسافرا عند أبي حنيفة رح وأبي
يوسف رح وقال محمد رح لا جمعة بمنى لأنها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم
وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لأنها فضاء وبمنى أبنية والتقييد بالخليفة وأمير
الحجاز لأن الولاية لهما أما أمير الموسم فيلي أمور الحج لا غير ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان
أو لمن أمره السلطان لأنها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره
فلا بد منه تتميما لأمره **قال** ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام
إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها
لاختلافهما ومنها الخطبة لأن النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به
وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة
لأن القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالأذان ولو خطب قاعدا
أو على غير طهارة جاز لحصول المقصود إلا أنه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة
فإن اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لأن الخطبة هي الواجبة
والتسبيحة والتحميدة لا يسمى خطبة وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله
تعالى فاسعوا إلى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رض أنه قال الحمد لله فارتج عليه ونزل
وصلى ومن شرائطها الجماعة لأن الجمعة مشتقة منها وأقلهم عند أبي حنيفة رح ثلثة سوى الإمام
وقالا اثنان سواه قال رض والأصح أن هذا قول أبي يوسف رح وحده له أن في المثنى
معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما أن الجمع الصحيح إنما هو الثلث لأنه جمع تسمية ومعنى والجماعة
شرط على حدة وكذا الإمام فلا يعتبر منهم وإن نفر الناس قبل أن يركع الإمام ويسجد إلا النساء والصبيان
استقبل الظهر عند أبي حنيفة رح وقالا رح إذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة وإن نفروا
عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر رح هو يقول إنها
شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك

فلا يشترط دوامها كالخطبة ولأبي حنيفة رح أن الانعقاد

الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها ليست في
الصلوة فلا يشترط دوامها اليها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم
جمعة فلا يتم بهم الجماعة قال ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى
لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج
فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم
تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام قال ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه
لانه غير فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما
الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح للامامة في حق الرجال فتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا
للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى قال ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام
ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا تجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة
اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض
هو الظهر في حق الكافة وهذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن
من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف
قال فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي وقالا
لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه فتنقضها
وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في
ارتفاع الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها قال ويكره ان يصلي المعذور الظهر
بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور
قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه ومن
ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليه الجمعة لقوله عليه الصلوة والسلام ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما
وقال محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر
لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد
لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك
للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان فلا
يبنى احدهما على تحريمة الاخرى قال واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى
يفرغ من خطبته قال رح وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس اذا خرج الامام قبل ان

يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع
بخلاف الصلوة لانه قد تمتد ولابي حنيفة رح قوله عليه الصلوة والسلام اذا خرج
الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة
قال واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع والشراء وتوجهوا الى الجمعة لقوله
تعالى فاسعوا الى ذكر الله تعالى وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي
المنبر ~~فاذا فرغ من خطبته اقاموا~~ بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله الا هذا
الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال
لحصول الاعلام به

باب صلوة العيدين

وتجب صلوة العيد على كل من تجب عليه الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد
فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضه وجه الاول مواظبة النبي
عليه الصلوة والسلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل
علي غيرهن قال لا الا ان تتطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر
ان يطعم قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان
يطعم يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه
الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كان له جبة فنك او صوف
يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى
ولا يكبر عند ابي حنيفة رح في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في
الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر ولا يتنفل في المصلى
قبل العيد لان النبي عليه السلام لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى
خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله فاذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس
دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على
قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد قال ويصلي
الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر
تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها وهذا قول ابن مسعود
رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية
يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رض لامر بنيه
الخلفاء واما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ

بالاولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رحمه الله اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة او ست عشرة **قال** ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرة الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم الناس فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر **قال** ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي انه عليه الصلوة والسلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق التي مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم فاخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر وهو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبيرات ان يقول مرة واحدة هو المأثور الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن ابراهيم خليل صلوات الله الرحمن عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما رويناه من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد رحمه الله ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيمين بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله دل ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله تعالى اعلم بالصواب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنه والحال اكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رحمه الله اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء ... ولهما رواية عائشة رضي الله عنها جهر فيها ولابي حنيفة رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه الصلوة والسلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الجمعة وان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بالصلوة في العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال وهذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله فلا يقلب

لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفؤلا ولا يقلب القوم اردیتهم لانه لم ينقل انه
عليه الصلوة والسلام امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم
اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه
الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت
تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو
وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا
ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا
وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الخوف على
الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا فان كان الامام
مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي انه عليه الصلوة والسلام
صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى من المغرب ركعتين وبالطائفة
الثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا
يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم لانه عليه الصلوة والسلام شغل
عن اربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا
ركبانا فرادى يؤمون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله
تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد
في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار
في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر لخروج الروح والاول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عليه الصلوة والسلام
لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه
وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن **فصل في الغسل** واذا
ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر
ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليتمكنوا من التنظيف ووضؤه من غير مضمضة
واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان لان الوضوء
ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله
عليه الصلوة والسلام ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان

فان لم يكن فالماء القراح هو المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف ثم يضجع على
شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه
الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هي البداية بالميامن ثم
يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله
ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل
اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب
سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره
لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي
الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته فصار كالختان **فصل في التكفين** السنة ان يكفن الرجل في
ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه الصلوة والسلام كفن في ثلثة اثواب بيض
سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان
ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما
ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل
العنق الى القدم وان ارادوا لف الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في
حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار
ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن
عنه عقدوه بخرقة صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار وخمار
ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى
اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة
وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك
وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه حين
استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم يجعل
شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق
الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها
الميت وترا لانه عليه الصلوة والسلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب
فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل في الصلوة على الميت** واولى الناس
بالصلوة على الميت السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر

فالقاضي لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حياته قال ثم الولي والاولياء
على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي او السلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق
للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاول والتنفل بها غير مشروع
ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلوة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع وان دفن
الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل
ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة
ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه
وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها
ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام
في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوة سنة لانه
سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله
لنا شافعا مشفعا لابويه ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر الاخرى بعد
حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح
والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ
ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي
يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده
اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء
وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة
فحال بينها وبينهم قال فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان
لا تجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في
صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان
اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقول النبي
عليه الصلوة والسلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث
المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل
وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان
الاستهلال دلالة الحيوة فتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم
ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار قال واذا

وان سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل
لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في
اللقيط قال واذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه
في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة
سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره
اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي
السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد
بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب واذا
بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون
والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك
ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه الصلوة والسلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا
للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه الصلوة والسلام سل سلا ولنا ان جانب
القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه الصلوة والسلام فاذا
وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين
وضع ابا دجانة رضي الله عنه في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وتحل
العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لانه عليه الصلوة والسلام جعل على قبره
اللبن قال ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن
على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع
البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه
عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام
نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر الجراحة او قتله المسلمون ظلما ولم تجب
بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال النبي عليه الصلوة والسلام
فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر بالغ ولم يجب
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من

من موضع غير معلوم كالعين ونحوه والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء
للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهداء اولى بها
والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي قال ومن قتله اهل الحرب واهل البغي
او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح
واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولابي حنيفة رح ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان
حنظلة رض لما استشهد جنبا غسلته الملائكة صلوات الله عليهم اجمعين وعلى هذا الخلاف الحائض و
النفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق
بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي
فلم يكن في معناهم قال ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو
والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما
للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف
اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او
ينقل من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا
من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة
ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل
فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه
وهو مروي عن ابي يوسف رح ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف رح
لانه ارتفاق وعند محمد رح لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان
الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب
فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص
غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء
مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رض لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رح فيهما ولمالك رح في الفرض لانه عليه السلم
صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعاب

فما استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز
لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري قال ومن جعل منهم ظهره
الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول
الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته
اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة
جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون
البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على جبل ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من
ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عم

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب
فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عليه الصلوة والسلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة
والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والعقل والبلوغ
لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار
النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء و
قدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن
من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي
واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا تضمن
بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي رح فانه يقول هي غرامة
مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى الا
بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا
الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في
بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارض
وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس
على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل
ان يعتق عبده قال ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح
تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء
المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا
لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة

ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رح فيهما
ولابي يوسف رح في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا من جهة العباد وهو الامام في السوائم ونائبه
في اموال التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب و
عبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب
العلم لاهلها وآلات المحترفين لما قلنا ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما
مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رح
ومن جملته المال المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة
اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال والمغصوب
على هذا الخلاف ولهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول
علي رضي الله عنه لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة
عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في
ارض او كرم اختلاف المشائخ ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه
ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان الدين
على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رح لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رح لا يجب لتحقق
الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف رح مع محمد رح في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رح في حكم
الزكوة عليه رعاية لجانب الفقراء قال ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت
عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة
حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما
بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة
لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح
او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رح لاقترانها بالعمل وعند محمد رح
لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه قال ولا يجوز اداء الزكوة الا
بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية
والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقدم النية في
الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه
فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رح لان الواجب
شائع في الكل وعند ابي يوسف رح لا يسقط لان البعض ليس بمتعين لكون الباقي محلا للواجب
بخلاف الاول

محلا للوجوب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع
فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه
الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين
ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها
بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها
حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت
في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت
احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر
شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض
الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر
شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض
وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين
ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال
الشافعي رح اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين
ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل
اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلام كتب اذا زادت
الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها
ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي
كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت في الجواب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها
الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسنة او مسن وهي التي
طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب
في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي
الاثنين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص
ههنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث

تبيع لان مبنى هذا النصاب على انه يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لمعاذ لا تأخذ
من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في
ستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة
اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى
تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء
لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث
بعينه لا يأكل لحم بقر **فصل في الغنم** ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين
سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى
مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في
كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر الصديق وعليه انعقد
الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني من زكوتها
ولا يؤخذ الجذع منها والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما
انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنية ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه
الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب
هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا
والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما
وقد قال عليه الصلوة والسلام في اربعين شاة شاة **فصل في الخيل** اذا كانت الخيل سائمة
ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى
من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا لا زكوة في الخيل لقوله
عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة
دراهم وتأويل ما روياه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت والتخيير بين الدينار والتقويم
مأثور عن عمر رضي الله عنه ولا شيء في ذكورها منفردة لانها لا تتناسل بالفحل المستعار بخلاف
الذكور وعنه انه تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي
فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال
التجارة **فصل** وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا آخر
اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر رحمه الله

زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله وجه قوله الاول
ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما
يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب
ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحدة من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا
دون تأدية الزكوة ثم لا يخرج عن الصدقة باداء واحدة من الصغار ثم عند ابي يوسف رحمه الله
لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في كل خمس وعشرين
من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا
يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في
رواية وعنه انه يجب في خمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر
الى قيمة خمس فصيل في خمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار
قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها
واخذ الفضل وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر الا ان في
الوجه الاول له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني
يجبر لانه لا بيع بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيمة في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر
والعشر والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر
بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف
الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد
خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له
ظواهر النصوص ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة
ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم
المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول
او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر **قال** ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا
رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا
من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين **قال** ومن كان له نصاب
فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في
حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت
بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز

فيعتبر الحول لكل مستفاد وما شرطنا الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب
بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد وزفر
ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس
في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب
فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رح يصرف الهلاك
بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه
تابع وعند ابي يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصاب شائعا قال واذا اخذ الخوارج الخراج و
صدقة السوائم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا
نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات
فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم
لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم
قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي رح يضمن اذا هلك
بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر لانه منعه بعد الطلب فضمنا
كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب
تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك
ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي
الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة
على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح
وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب
واحد خلافا لزفر رح لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له والله اعلم

باب زكوة المال

فصل في الفضة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس
اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها
الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه الصلوة والسلام كتب الى معاذ ان خذ من كل مائتي
درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال ولا شيء في

ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين
درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابها
وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه وما زاد على المائتين
فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه على المائتين
فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى
وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام في حديث معاذ
لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة
ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن
سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر
رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
وان كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمتها نصابا لان الدراهم
لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان
يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب
الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا
لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة فصل في الذهب ليس فيما دون عشرين
مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول ففيها نصف مثقال
لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل
اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا
وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما تجب بحساب ذلك
وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين
درهما قال وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكاة وقال الشافعي رح
لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة
ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل
هو المعتبر بخلاف الثياب فصل في العروض الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت
اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي
من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد
باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين

اختيار ما هو انفع للفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيره لان
الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية
وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال
كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك
لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى
وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض الى الذهب
والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى
الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله و
عندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب
تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة
حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها وهو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة
دون الصورة فيضم بها والله تعالى اعلم

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه
الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان
منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر اخر و
مراده اذا كان في تلك السنة عاشر اخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر اخر
في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان
الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة
السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق
وان حلف وقال الشافعي رحمه الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان
فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل
الثاني وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم
يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط قال وما
صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك
الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي

اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذلك بامية
الولد لانها تبتني عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال و
يؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه
سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها
لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا
بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا
يأخذون منا لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي بمائتي
درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر
وان علم ان القوم يأخذون منا ربع العشر او نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل
لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا
احق بمكارم الاخلاق قال وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره
حتى يحول عليه الحول لان الاخذ في كل مرة استئصال المال وحق الاخذ لحفظه وحكم الامان الاول
باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال
وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا
الاخذ بعده لا يفضي الى الاستئصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي
من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرها لانه لا قيمة لها وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم
وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما اذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد منهما على الانفراد
عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخمر من ذوات الامثال
والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي
خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه
على غيره قال ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل
لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها
الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة
لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب على العاشر
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن
التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما
لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ

فيؤخذ منه لانه مالك له قال ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين لم يعشره
وقال ابو يوسف رح لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو
قولهما انه يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب ووجه الفرق على هذا ان
العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى وكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم
النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج الى الحماية فلا يكون الرجوع في
المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين
يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثنى
عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من جهته حيث مر عليه اه

باب المعدن والركاز

معدن ذهب او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال
الشافعي رح لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب
فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
وفي الركاز الخمس وهو من الركز فينطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها
ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان
للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية
في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح ومحمد رح فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب فيه
ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها
فان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة رح فيه روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع
الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في
الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة قال وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس عندهم
لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب
اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان
كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده
في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان
وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف رح لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت

يده اليه وهو يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن
اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف
المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك
يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل
وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد قال ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في
دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان
وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة
المتلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في
الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رح آخرا خلافا لابي يوسف رح ولا خمس في اللؤلؤ
والعنبر عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر
الخمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ
منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد
ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة رح في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء
الا القصب والحطب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة
اوسق والوسق ستون صاعا بصاع النبي عليه السلام وليس في الخضراوات عندهما
عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولهما في الاول قوله
عليه الصلوة والسلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط فيه النصاب
ليتحقق الغنى ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل
ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما
ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكوة غير منفية
فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة
فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية
ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها
حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي

اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف
السعف والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية
او سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي بماء السماء
او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف
فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى
ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض
التجارة وقال محمد ره يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه
فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير
بالوسق كان لاعتبار انه اعلى ما يقدر به قال وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال
الشافعي ره لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل
العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود
القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة ره يجب العشر قل او كثر لانه لا
يعتبر النصاب وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه قيمة خمسة اوسق كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه
حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك
وعنه خمسة امناء وعن محمد ره خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر
به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف لا يجب
لانعدام السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته
الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب
لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك
باجماع الصحابة وعن محمد ره ان ما اشتراه التغلبي من المسلم عشر واحد لان الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما
اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة ره سواء كان التضعيف
اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف
يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه
قال اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة ره في بقاء التضعيف الا ان قوله
لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت
الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة ره

عند ابي حنيفة ره لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف ره العشر مضاعفا ويصرف
مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على
حالها لانه صارت مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او رد على البائع لفساد
البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم واما
الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا
الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا
سقاه بماء العشر اما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا
تدور مع الماء قال وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا
وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة
فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان
عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف ره عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء
والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي
شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد ره لانه لا يحميها
احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف ره لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها
وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد
في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة
اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط في
ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج
خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة والله اعلم

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط
منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع
والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة ره وقد قيل
على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله
والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا
للشافعي ره لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة

الصدقة فلا باعدة القوم الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ و
الغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعانون المكاتبون
منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال
الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله
منقطع الغزاة عند ابي يوسف رحمه الله لانه المفهوم عند الاطلاق وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج ولا يصرف الى
اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء
له قال فهذه جهات الزكوة وللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف
واحد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام
للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف
ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا
اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز ان يدفع الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ
بن جبل رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم ويدفع اليه ما سوى ذلك من الصدقة وقال
الشافعي رحمه الله لا يدفع وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اعتبارا بالزكوة ولنا
قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة ولا
يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن فلا يقضى بها دين ميت لان
قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت قال ولا يشترى بها رقبة تعتق
خلافا لمالك ذهب اليه في تأويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك
وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله
في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما رويناه قال ولا يدفع المزكي زكوته الى
ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة
فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع ولا يدفع المرأة الى زوجها
عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا يدفع اليه لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة
بن مسعود وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مدبره
ومكاتبه وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم
يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع
اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني
اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه

بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية
بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني
هاشم ان الله حرم عليكم غسالة اموال الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف
التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد قال وهم
آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما
هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان
مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى
بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا
ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه
وقال ابو يوسف رحمه الله عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه
الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه يا
يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف
على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه
القبلة وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي
اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه
الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك
لعدم اهليته الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال
كان لان الغني الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط
الوجوب قال ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه
فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد
النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز
لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب
الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال محمد رحمه الله وان يغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء
عن السؤال يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما
تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار الا ان
ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة

ودفع لحاجة ولو دفع الى غيرهم اجزأه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه وفرسه وعبيده
اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت
يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عن ما ذكر من الاشياء
لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو
ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال ويخرج ذلك عن نفسه
لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى و
يخرج عن اولاده الصغار لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانها تضاف اليه يقال زكوة
الراس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد بتعدد
الراس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه
كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا فقراء
ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح
لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة
فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار
وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزأه استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي
المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي
فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى
بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثني والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من
الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع
النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لا
لاطلاق ما رويناه ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنه ادوا عن كل حر وعبد يهودي

راس يمونه اي يمونه من عياله اي الزم نفقتهم

يقال مانه يمونه اذا قام بكفايته ويقال انه في مؤنة فلان ومؤنته على فلان ويراد به ان ما يحتاج اليه في نفقته ومعاشه من فلان وعلى فلان [illegible]

بعد ان قبل الثمن

يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف
الشافعي رح لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
قال ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه انه اذا مر يوم الفطر و
الخيار باق وقال زفر رح على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي رح على من له الملك لانه
من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع
ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها
للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب

ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير
وقال ابو يوسف ومحمد رح الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول
رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رح من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رض قال كنا نخرج
ذلك على عهد رسول الله صلعم ولنا ما رويناه وهو مذهب جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم الخلفاء
الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما ان الزبيب والتمر يتقاربان
في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة و
من الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ
من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص
على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة
هو الصحيح ويعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روي عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح انه يعتبر كيلا
والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما روي عن ابي يوسف رح وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف
اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح قال والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية
ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف رح خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رح لقوله
عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين
ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا
يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر و
قال الشافعي رح بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر
تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده لا تجب فطرته
عندنا وعنده تجب له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص

الفطر باليوم دون الليل ويستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية والله اعلم بالصواب

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه يتجزى عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى في نصف النهار انه صائم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صائما عندنا ولانه صوم يوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط قرانها بالعقد على ادائها وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا الى وقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر و

المقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احداهما انه ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز صومه الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرناه ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وانما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بيقين ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يعم كل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذلك اذا صام ثلثة ايام من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي

والتنفل قبل الصوم أفضل اقتداء بعائشة وعلي رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه والمختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذاً بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار نفياً للتهمة لا لتهمة العصيان الذي دل عليه حديث الموقوف وهو قوله من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم. والرابع أن يضجع في أصل النية بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان من رمضان ولا يصوم إن كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائماً لأنه لم يقطع عزيمته فصار كما إذا نوى أنه إن وجد غداء غداً يفطر وإن لم يجد يصوم. والخامس أن يضجع في وصف النية بأن ينوي إن كان غداً من رمضان يصوم عنه وإن كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين أمرين مكروهين ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد في أصل النية وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزئه عن واجب آخر لأن الجهة لم تثبت للتردد فيها وأصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعاً غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطاً وإن نوى عن رمضان إن كان غداً منه وعن التطوع إن كان من شعبان يكره لأنه ناو للفرض من وجه ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مر وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله لأنه يتأدى بأصل النية ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الإسقاط في عزيمته من وجه. قال ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته وقد رأى ظاهراً وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكماً لوجوب الصوم عليه ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات. قال ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو أكمل هذا الرجل ثلثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده. وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو عبداً لأنه أمر ديني فأشبه رواية الأخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلاً كان أو غير عدل أن يكون مستوراً والعلة غيم أو غبار أو نحوه وفي إطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لأنه خبر ديني وعن أبي حنيفة رح أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه وكان الشافعي رح في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد في رؤية الهلال رمضان ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوماً لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رح للاحتياط ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رح أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وإن كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الإرث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة. وإن لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً بخلاف ما إذا كان بالسماء علة لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة وعن أبي يوسف رح خمسون رجلاً اعتباراً بالقسامة ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان وكذا إذا كان على مكان مرتفع في المصر. قال ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطاً وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه والأضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة رح أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الأضاحي وإن لم تكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا. قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية لأنه في حقيقة اللغة هو الإمساك لورود الاستعمال فيه إلا أنه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولأنه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء في حق النساء.

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً لم يفطر والقياس أن يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسياً في الصلوة ووجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك وإذا ثبت هذا في حق الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لأن هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لأن النص لم يفصل ولو كان مخطئاً أو مكرهاً فعليه القضاء خلافاً للشافعي رح فإنه يعتبره بالناسي ولنا أنه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولأن النسيان من قبل من له الحق والإكراه

من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في حق الصلاة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام
ثلث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه و
هو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى
وكالمستمني بالكف على ما قالوا قال ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا
ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العينين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق و
الداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد وفي القبلة لا يفسد صومه بمجرده اذا لم ينزل لعدم
المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك ادير على السبب على ما يأتي
في موضعه ان شاء الله تعالى ولو انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود الجماع و
وجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال و
يكره ان لم يأمن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته وان امن اعتبر عينه وابيح
وان لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رح اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمس
مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما يخلو عن
وقوع الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه
لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع
الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في الذباب والبق والريح انه يفسد لما لا يستطاع
عنه اذا اواه ضم او سقف قال ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر
وقال زفر رح يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان
القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار
الحمصة وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد
ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد صومه ولو مضغها
لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وعند زفر رح عليه الكفارة لانه طعام متغير ولابي يوسف رح انه يعافه الطبع وان
ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء و
يستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف رح لانه
خارج حتى انتقض الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع
وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج

بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج
ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف رح لعدم الخروج وعند محمد يفسد
صومه لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس
متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رح لاطلاق
الحديث وعند ابي يوسف رح لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج
وان اعاده ففيه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال و
من ابتلع حصاة او حديدا افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع
عامدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية
ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه
انما ذلك شبع وعن ابي حنيفة رح لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده
والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة
عليه انزل او لم ينزل خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد
ثم ان عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي رح في قول لا تجب
عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بالا
ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب
جناية الافطار لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل عنها لانها عبادة او عقوبة فلا
يجزي فيها التحمل قال ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة
وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد
تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة
مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت
فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا
املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يؤتى بعرق من
من تمر ويروى بفرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والذي بعثك
بالحق ما بين لابتي المدينة رجل احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك
وهو حجة على الشافعي رح في قوله يتخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رح في نفي التتابع

لمعنى عليه قال ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة
عليه لانعدام الصورة وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ
في الجناية فلا يلحق به غيره قال ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنيه افطر لقوله عليه السلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة
لانعدامه صورة ولو اقطر في اذنيه الماء لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله
الدهن قال ولو داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة
والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه
اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل
فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها قال ولو اقطر في
احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه
وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة
ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم
يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان
تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى
ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد فالمضغ اولى ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم
يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لا
يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة
وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو
ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي صلعم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة
لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس
ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خصال الصائم السواك من
غير فصل وقال الشافعي يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد
قلنا هو اثر العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب
الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا **فصل ومن كان** مريضا في رمضان فخاف ان صام
ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر وهو يعتبر خوف الهلاك وفوات العضو

العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز
عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى
عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال
الشافعي الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل
الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد قال واذا مات المريض
والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء
بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي ان
فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق
لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر
بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في وقته
وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان
له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج
ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو
يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد
ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على
الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى
الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية
استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من
الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق
مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون
الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان
المشائخ وكل صلوة يعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام
لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صلوة التطوع او في صوم التطوع ثم
افسده قضاه خلافا للشافعي لانه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى
قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن البطلان واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه

لابطال

لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله
عليه السلام افطروا واقضوا يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية
يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب
فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل
بالاداء والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف رح انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه
القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب
منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع فيقع تطوعا دون الكافر على ما قالوا لان الكافر
ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له قال واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال
فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان
فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر
لا يباح له الافطار ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة
لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم
فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية و
ان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما
بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل
يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف
قال ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا
في التاخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رح هو يعتبره بالاغماء
ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق
الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رحمهما هما يقولان لم يجب عليه
الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو
الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف
المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل
هذا في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف
ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا
فعليه قضاؤه وقال زفر رح يتادى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق
عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك

الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة
قال ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة لانه يتادى بعد النية عنده وقال عليه عند
حنيفة وقال زفر رح عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية عنده قال ابو يوسف ومحمد اذا اكل
قبل الزوال يجب عليه الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي
حنيفة رح ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت
المراة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة
قال واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال
الشافعي رح لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في
اول النهار هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا
ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض
والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا
تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا
هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه
حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه
قول عمر رض ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد
بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب
تاخيره لقوله ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا
شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه
قال ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رح اذا كان في موضع لا
يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد
اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه
قضاؤه عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا
يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية
ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو كان اكل فعليه القضاء
رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب
عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل قال ومن اكل في رمضان ناسيا فظن
ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند

لا القياس فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رح وهو ظاهر
الرواية وعنده انه تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية
بالنظر الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه قال ولو احتجم وظن ان ذلك
يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه
فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد
لان قول الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك
لان العامي لا يقتدي بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله
تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد
ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأول
بالاجماع واذا جومعت النائمة والمجنونة وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر
والشافعي رح لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر فيجب عليه القضاء ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية **فصل** فيما
يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر
بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن
المعصية المجاورة ثم يقضيه اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان
نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر
لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته
وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره
وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يكون نذرا
ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف رح ان النذر فيه حقيقة
واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته
وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان
النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض وان قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق
وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع
لان التتابع لا يعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع

للتتابع بقدر الامكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله لنهيه عن الصوم فيها
وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا
الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لا يجزيه صوم هذه الايام لان الاصل فيما
يلزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان
فيكون الاداء بالوصف الملتزم **قال** وعليه كفارة يمين ان اراد به يمينا وقد سبق
وجهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه
في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت
المكروه والفرق لابي حنيفة رح وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى
يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء
ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة
حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانته للمؤدى فيكون مضمونا بالقضاء
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي صلعم واظب عليه في العشر الاواخر
من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف
اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي
والنية شرط عندنا كما في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا
يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن
عن ابي حنيفة رح لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية
الاصل وهو قول محمد رح اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المسامحة
الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه
القضاء لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه
لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي
لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس
لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه اما المراة تعتكف في مسجد
بيتها لانه هو موضع صلوتها فيتحقق انتظارها فيه **قال** ولا يخرج من المسجد الا لحاجة

لحاجة الانسان او جمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج
من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تعفيته فيصير
الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه
يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة
مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا
عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسنتها توابع لها
فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه
لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد
ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى
يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب
والنوم فيكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء
هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان
يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره
احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره
لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم
وشراءكم قال ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا
لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطئ لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظورة
كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا
او نهارا عامدا او ناسيا في المسجد او غيره بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او
قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان
محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على
نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها
من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع

التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه
على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى
الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه
بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة
الاتصال ووجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله اعلم

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا
عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وصفه
بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس
حج البيت الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة
واحدة فقال عليه السلام لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد
فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة ما يدل عليه
وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة
وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق الوجوب
احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر
وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم عتق فعليه حجة الاسلام
وايما صبي حج ولو عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة
عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا
وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة خلافا لهما
وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو
هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عن الطريق ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما
يكترى به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل
اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد
منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط
ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد

يقدم على قوت الشرع بأمره وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة لأنه لا يلحقهم مشقة زائدة في الأداء فأشبه السعي إلى الجمعة ولا بد من أمن الطريق لأن الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الإيصاء وهو مروي عن أبي حنيفة وقيل هو شرط الأداء دون الوجوب لأنه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في حق المرأة أن يكون لها محرم تحج به أو زوج ولا يجوز أن تحج بغيرهما إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام وقال الشافعي يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها إليها ولهذا تحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها غيرها بخلاف ما إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير محرم وإذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له أن يمنعها لأن في الخروج تفويت حقه ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له منعها ولو كان المحرم فاسقا لا يجب عليها لأن المقصود لا يحصل به ولها أن تخرج مع كل محرم إلا أن يكون مجوسيا لأنه يعتقد إباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لأنه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لأنها تتوسل به إلى أداء الحج واختلفوا أن المحرم شرط الوجوب أم شرط الأداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق وإذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو أعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الإسلام لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل فلا ينقلب لأداء الفرض ولو جدد الصبي الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز ولو فعله العبد لم يجز لأن إحرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية أما إحرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره

فصل والمواقيت التي لا يجوز أن يتجاوزها الإنسان إلا محرما خمسة لأهل المدينة ذو الحليفة ولأهل العراق ذات عرق ولأهل الشام الجحفة ولأهل نجد قرن ولأهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلعم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع من تأخير الإحرام عنها لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرما ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه الحاج والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته لأنه يكثر دخوله مكة وفي إيجاب الإحرام في كل مرة حرج بين فصار كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام بخلاف ما إذا قصد

المواقيت ح

قصد أداء النسك لأنه يتحقق أحيانا فلا حرج وإن قدم الإحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وإتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والأفضل التقديم عليها لأن إتمام الحج مفسر به والمشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر وعن أبي حنيفة إنما يكون أفضل إذا كان يملك نفسه أن لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لأن النبي عليه السلام أمر أصحابه رضوان الله عليهم أن يحرموا بالحج من جوف مكة وأمر أخا عائشة رضي الله عنها أن يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الإحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة في الحرم فيكون الإحرام من الحل لهذا إلا أن من التنعيم أفضل لورود الأثر

وهو عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما

باب الإحرام

وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روي أنه عليه السلام اغتسل لإحرامه إلا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وإن لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة ولكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أتم ولأنه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين إزارا ورداء لأنه عليه السلام ائتزر وارتدى عند إحرامه ولأنه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد أفضل لأنه أقرب إلى الطهارة قال ومس طيبا إن كان له وعن محمد أنه يكره إذا تطيب بما يبقى عينه بعد الإحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام وجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت أطيب رسول الله صلعم لإحرامه قبل أن يحرم والممنوع عنه التطيب بعد الإحرام والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لأنه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلعم صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه وقال اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني لأن أداءها في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل الله التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لأن مدتها يسيرة وأداؤها عادة متيسرة قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي أنه عليه السلام لبى في دبر صلاته وإن لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن الأول أفضل لما روينا وإن كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لأنه عبادة والأعمال بالنيات والتلبية أن يقول لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله إن الحمد بكسر الألف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء إذ الفتحة صفة الأولى وهو إجابة لدعاء الخليل

صلوات الله عليه على ما هو المعروف في الفقه ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول
باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان
والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة رضوان الله عليهم كابن مسعود وابن
عمر وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا
يمنع الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتادى الا بالنية
الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام
بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي رح لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة
ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن
اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة
حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما
نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع
بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه
وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيد البر لقوله تعالى لا تقتلوا
الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب
حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي صلعم لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل
دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه و
بعده عن الاعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا قلنسوة ولا عمامة ولا قباء ولا خفين
الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نهى ان يلبس
المحرم هذه الاشياء وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من
الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتئ
فيما روى هشام عن محمد رح قال ولا يغطي راسه ولا وجهه وقال الشافعي رح يجوز
للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في راسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله ع
لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة
لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في
تغطية الراس قال ولا يمس طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن
لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله

محله الاية ولا يقص من لحيته لان هذا في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث
ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم
ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب
لا للون وقال الشافعي رح لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة
قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رض اغتسل وهو محرم ولا باس بان
يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رح يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه
تغطية الراس ولنا ان عثمان رض كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس
بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت ستر الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس
لانه استظلال ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رح يكره اذا كان فيه نفقة
غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوى فيه الحالان ولا يغسل راسه و
لا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات
وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلعم كانوا يلبون
في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى
حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية
والثج اسالة الدم قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه فلا يضره ليلا
دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما فاذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر
رضي الله عنه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رح لم يعين في الاصل لمشاهد الحج
شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال
ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي انه عليه الصلوة والسلام دخل المسجد وابتدأ
بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال ويستلمه وقبله ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما
لما روي انه عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رض انك رجل
ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله
وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه
ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف
على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله

وقبله النبي عليه السلام قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك
فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف
سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو
سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه السلام ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه
الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله
عليه الصلوة والسلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف
من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه
الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط
في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلثة الاول من الاشواط والرمل ان يهز
الكتفين في مشيته كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد
للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه الصلوة والسلام
وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عليه السلام والرمل من الحجر
الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه
لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر
كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح
كل شوط باستلام الحجر فان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن
اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما لان النبي عليه الصلوة
والسلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر قال ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا
وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى
ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح به
يختتم به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية
وهو سنة وليس بواجب وقال مالك رحمه الله انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا
ان الله تعالى امر بالطواف مطلقا والمطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع
وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم
في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل القبلة ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام

السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام صعد الصفا
حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان
على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر
ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من
اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا
لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا
بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة
فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام نزل من الصفا
وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد
المروة فطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبتدئ
بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبتدئ بالصفا لقوله
عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال
الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا
جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في
الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما
في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج
فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف
بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في
هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع
ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة
يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة و
الحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في
اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب في ثلثة ايام متوالية
اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم
التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم
التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام
صلى الفجر يوم التروية فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب

والفجر، والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات
ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء بتركه الاقتداء برسول الله
صلى الله عليه وسلم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع
قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ
تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق
على المارة قال واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعلم
الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة والرمي والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب
خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلعم وقال مالك رح يخطب
بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود
منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب انه اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون
كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح
ما ذكرنا لان النبي صلعم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد
الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر و
العصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة
بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلعم صلاهما باذان واقامتين ثم
بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد
بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر
على وقته فلو انه فعل كان مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رح
لان الاشتغال بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة
اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر
في وقته عند ابي حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف و
المنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رح ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا
بما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رح الامام شرط في
الصلوتين جميعا وقال زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف
الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت
العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام

من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي بالتقديم
على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم
معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل
يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عم
عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر و
ينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف على ناقته وان وقف على قدميه
جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عليه الصلوة والسلام
وقف كذلك وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد
الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك
بتوفيق الله تعالى قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها
موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال
فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه
صلى الله عليه وسلم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه
ساعة بعد ساعة وقال مالك رح يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال
بالاركان ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية
فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس افاض الامام و
الناس معه على هينتهم حتى يأتوا مزدلفة لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه
اظهار مخالفة المشركين وكان النبي عم يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف
الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان
يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها فلو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة
الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام
دعت بشراب فافطرت ثم افاضت قال فاذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل
الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه
ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ويستحب ان
يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب

والعشاء باذان واقامة وقال زفر رح باذانين واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا
يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بالزيادة الاعلام ولا يتطوع
بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل فكان ينبغي ان يعيد
الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى
المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح
لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب
في الطريق لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف
رح يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رح انه اداها في وقتها
فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي
عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة
الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم
يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة **قال** واذا طلع الفجر صلى
الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها يومئذ
بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه
لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رض فاستجيب له
دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه
بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رح انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام و
بمثله يثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا
لما فعل ذلك والمذكور فيما تلي الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام
من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام
الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امراة
تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا **قال** والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل
وان طلعت الشمس افاض الامام والناس معه على هيئتهم حتى ياتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع
في بعض النسخ من المختصر وهذا غلط والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام والناس معه لان النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل
حصى الخذف لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام

ثم يقف

عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا
يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها
موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روي عن ابن
مسعود وابن عمر رضي الله عنهما ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب
الرمي ولا يقف عندها لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة
لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنهما وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند
اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين
بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن
عن ابي حنيفة رح لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الا انه
مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة
يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف
قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق
الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها
من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي
ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رح لان المقصود فعل الرمي
وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا
لا رميا **قال** ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل
وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم
عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي ياتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد
والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق
اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء و
يكتفي في الحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء بالرسول صلى الله عليه وسلم والتقصير
ان ياخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك رح الا
الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام حل له كل شيء الا النساء وهو القاضي
ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رح لان قضاء الشهوة بالنساء
فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول انه

يوم النحر كالحلق ويكون بمنزلته في التحلل وقلنا إن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق و
الرمي ليس بجناية في غير أوانه بخلاف الطواف لأن التحلل بالحلق السابق لا به **قال** ثم يأتي
مكة من يومه ذلك أو من الغد أو من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط
لما روي أن النبي عليه السلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى
ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا فكان
وقتهما واحدا وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لأن ما قبله من الليل وقت الوقوف
والطواف مرتب عليه وأفضل هذه الأيام أولها كما في التضحية وفي الحديث أفضلها أولها
فإن كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا
سعي عليه وإن كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لأن السعي لم يشرع إلا
والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لأن ختم كل طواف
بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا لما بينا **قال** وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق
إذ هو المحلل لا بالطواف إلا أنه أخر عمله في حق النساء وقال هذا الطواف هو المفروض في الحج وهو
ركن فيه إذ هو المأمور به في قوله تعالى فليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الإفاضة وطواف
يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الأيام لما بينا أنه موقت بها فإن أخره عنها لزم دم عند أبي
حنيفة رح وسنبينه في باب الجنايات ثم يعود إلى منى فيقيم بها لأن النبي عليه السلام رجع إليها
كما روينا ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فإذا زالت الشمس في اليوم الثاني من أيام النحر رمى
الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي المسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها
ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رض فيما نقل من نسك رسول
الله صلعم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه
ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي
إلا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد به رفع الأيدي بالدعاء وينبغي أن يستغفر
للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الأصل
كل رمي بعده رمي يقف بعده لأنه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي
لا يقف لأن العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضا **قال** وإذا
كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وإن أراد أن يتعجل النفر نفر إلى مكة و
إن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين
فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى والأفضل أن يقيم لما روي أن النبي صلى الله عليه

وسلم صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع
فإذا طلع الفجر لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رح وإن قدم
الرمي في هذا اليوم يعني الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند أبي حنيفة رح وهذا استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الأيام وإنما التفاوت في رخصة النفر فإذا لم يترخص التحق بها ومذ
مذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك
فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى بخلاف اليوم الأول والثاني حيث لا يجوز الرمي
فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية لأنه لا يجوز تركه فيهما فبقي على أصل المروي فأما
يوم النحر فأول وقت الرمي فيه من طلوع الفجر وقال الشافعي رح أوله بعد نصف الليل لما
روي أن النبي عليه الصلاة والسلام رخص للرعاء أن يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام
لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت أصل الوقت بالأول و
الأفضلية بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة لأن ليلة النحر وقت الوقوف
والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند أبي حنيفة رح يمتد هذا الوقت إلى
غروب الشمس لقوله عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا
له وذهابه بغروب الشمس وعند أبي يوسف رح أنه يمتد إلى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا
وإن أخره إلى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وإن أخره إلى الغد رماه لأنه وقت جنس
الرمي وعليه دم عند أبي حنيفة رح لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه **قال** فمن رماها راكبا
أجزأه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالأفضل أن يرميه ماشيا وإلا فيرميه راكبا لأن
الأول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون أقرب إلى التضرع وبيان الأفضل مروي
عن أبي يوسف رح ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي لأن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمنى وعمر رض
كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه
لأنه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه فلم يكن من أفعال الحج فتركه لا يوجب الجابر **قال** و
يكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة ويقيم حتى يرمي لأن عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب
عليه ولأنه يوجب شغل قلبه وإذا نفر إلى مكة نزل بالمحصب وهو الأبطح وهو اسم موضع
نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الأصح حتى يكون النزول به سنة على ما
روي أنه عليه السلام قال لأصحابه إنا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون
فيه على شركهم يشير إلى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا أنه نزل به إراءة للمشركين لطيف
صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف **قال** ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة

انه آخرها لا رمل فيها وهذا الطواف طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رح لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض تركه قال الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما بينا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي انه عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي ورآءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج

فصل فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عليه السلام من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ومالك وان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزأه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره به صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت

نظرا الى الدليل والحكم مدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجال غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب جناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رح فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رح من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا والله تعالى اعلم

باب القران

قال القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج الآية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح بما ذكره والمقصود بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان تحرم بهما من دويرة اهلك على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل الله تعالى التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بحجة وعمرة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع فلو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف سبعة اشواط يرمل في الثلثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد منهما على الكمال

على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال وان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرناه وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم من الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رحمه الله يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى كصوم رمضان وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح

من مذهب أبي حنيفة رح والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة إذا توجه إليها أن الأمر هنالك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل أداء العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران لأنه لما رفض العمرة لم يرتفق بأداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فأشبه المحصر والله أعلم

باب التمتع

التمتع أفضل من الإفراد وعن أبي حنيفة رح أن الإفراد أفضل لأن المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو إراقة الدم وسفره واقع لحجته وإن تخللت العمرة لأنها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفر واحد من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها إن شاء الله تعالى وصفته أن يبتدئ من الميقات في أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه إنما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولأنه لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا أنه عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لأنه حل من العمرة فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد والشرط أن يحرم من الحرم أما المسجد فليس بلازم وهذا لأنه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لأنه مؤد للحج إلا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه من الثلاثة لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه فإن صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في

في النص وقته فيما بينا والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وإن أراد أن يسوق الهدي أحرم وساق هديه وهذا أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ولأن فيه استعدادا ومسارعة فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد أولى من التجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو أفضل من أن يقودها لأنه عليه الصلاة والسلام أحرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال وأشعر البدنة عند أبي يوسف رح ومحمد رح ولا يشعر عند أبي حنيفة رح ويكره والإشعار هو الإدماء بالجرح لغة وصفته أن يشق سنامها بأن يطعن في أسفل السنام من الجانب الأيمن قالوا والأشبه هو الأيسر لأن النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الأيمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم إعلاما وهذا الصنيع مكروه عند أبي حنيفة وعندهما حسن وقال الشافعي رح سنة لأنه مروي عن النبي عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلأ أو يرد إذا ضل وأنه في الإشعار أتم لأنه ألزم فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه إذا عارضه جهة كونه مثلة قلنا بحسنه ولأبي حنيفة رح أنه مثلة وأنه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم وإشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي لأن المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرضه إلا به وقيل إن أبا حنيفة رح إنما كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل إنما كره إيثاره على التقليد قال وإذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عم لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بينا وإن قدم الإحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم التمتع على ما بينا وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما وليس لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الإفراد خاصة خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ولأن شرعهما للترفه بإسقاط إحدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي إذا

خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي، وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين، وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف، وقال محمد رح يبطل لأنه أداهما بسفرين، ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه فيصح إلمامه بأهله، ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل، فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج، وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج، ومالك رح يعتبر الإتمام في أشهر الحج، والحجة عليه ما ذكرنا، ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع مترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج. **قال**: وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة، كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعن عبد الله بن الزبير رضوان الله عليهم، ولأن الحج يفوت بمضي عشر من ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات، وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله، فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رح فإنما يصير محرما بالعمرة عنده لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت، ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان. **قال**: وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع، أما الأول فلأنه ترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج، وأما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة رح، وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان، وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع، فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة رح، وقالا هو متمتع لأنه إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين، وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه، فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لأن هذا

إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه، ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة، ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه لأنه لا يمكنه الخروج من عهدة الإحرام إلا بالأفعال وسقط دم المتعة لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة، وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت بغير الواجب، وكذا الجواب في الرجل، وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف، ولأن الطواف في المسجد والوقوف في مفازة، وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا، فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر لأنه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر، ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة رح ويرويه البعض عن محمد لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك والله أعلم.

باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة، فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم، وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب، وإن طيب أقل من عضو فعليه صدقة لقصور الجناية، وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل، وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله تعالى، ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي، وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجراد، هكذا روي عن أبي يوسف رح. قال: فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب، قال عليه السلام: الحناء طيب، وإن صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية، ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنها ليست بطيب، وعن أبي يوسف رح أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح، ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير، دل أن كل واحد منهما مضمون، فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة رح، وقالا عليه الصدقة، وقال الشافعي رح إن استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه، ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة، ولأبي حنيفة رح أنه أصل الطيب ولا يخلو عن

نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة
فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت
أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب وهذا
إذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب
في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما إذا تداوى
بالمسك وما أشبهه وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وإن كان أقل
من ذلك فعليه صدقة وعن أبي يوسف رح أنه إذا لبس أكثر من نصف اليوم فعليه دم وهو قول
أبي حنيفة رح أولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على
بدنه ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم
فقدر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير أن أبا يوسف
رح أقام الأكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه
لبس المخيط وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رح لأنه ما لبسه
ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف في أنه
إذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لأنه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن أبي حنيفة
أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن
أبي يوسف رح أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعدا فعليه دم
وإن كان أقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رح لا يجب إلا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق
القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فتتكامل به الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب ربع العضو لأنه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق
وأرض العرب وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم لأنه عضو مقصود بالحلق وإن حلق الإبطين أو أحدهما
فعليه دم لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة ذكر في الإبطين
الحلق ههنا وفي الأصل النتف وهو السنة وقال أبو يوسف ومحمد رح إذا حلق عضوا فعليه
دم وإن كان أقل فطعام أراد به الصدر والساق وما أشبه ذلك لأنه مقصود بطريق التنور فتتكامل
بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وإن أخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه أنه
ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل
ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق والسنة
أن يقص حتى يوازي الإطار وإن حلق موضع المحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة رح وقالا عليه صدقة

صدقة لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة إليها إلا أن فيه إزالة
شيء من التفث فتجب الصدقة ولأبي حنيفة رح أن حلقه مقصود لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به وقد وجد
إزالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة
وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رح لا يجب إذا كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن
الإكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذا بالحكم لفعله والنوم أبلغ منه وعندنا بسبب
النوم والإكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم
حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لأن الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق
رأسه على الحالق لأن الدم إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا
إذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه وأما الحالق فيلزمه الصدقة في
مسألتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأس حلال
له أن معنى الارتفاق لا يتحقق في حلق شعر غيره وهو الموجب ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن
الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين
شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجناية في شعره وإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظفاره اظافيره
أطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفث غيره وإن كان
أقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم لأنه من
المحظورات لما فيه من قضاء التفث وإزالة ما ينمو من البدن فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل
فيلزمه الدم ولا يزاد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجناية من نوع واحد وإن كان في مجالس
فكذلك عند محمد لأن مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة لارتفاع الأولى
بالتكفير وعلى قول أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح تجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يدا أو رجلا
لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة وإن قص يدا أو
رجلا فعليه دم إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وإن قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة
معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر رح يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول أبي حنيفة رح الأول
لأن في أظافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد
أقل ما يجب الدم بقلمها وقد أقمناها مقام الكل فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى
وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه
دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما
أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف

كلمن الا انه مقدار على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام
مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء
قال وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شي عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه
اليابس من شجر الحرم وان طيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان
شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله
ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه السلام بما ذكرنا و
والاية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا
الصدقة عندنا لما بينا واما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان
او مكان مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فيتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام
اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف رح اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لان
الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور فصل فان نظر المحرم الى فرج امراة بشهوة فامنى
لا شي عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه
دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل
ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انه انما يفسد احرامه في
جميع ذلك اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر
المحظورات وهذا ليس بجماع مقصودا فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى
الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان
المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه
والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امراته وهما محرمان بالحج فقال
يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة
رضوان الله عليهم وقال الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة
عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب عليه ولا يجب عليه الا لاستدراك المصلحة
الفائتة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف بعرفة لانه لا قضاء
ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى
الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسداه عندنا
خلافا لمالك لو اخرجا من بيتهما ولزفر رح اذا احرما وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان

الا المكان الذي جامعها فيه لانهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
ولنا ان الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع وكذا بعده
لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا
فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة فقال الشافعي رح
يفسد اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما يجب البدنة لقول
ابن عباس رضي الله عنه ولانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ وجوبها موجبه وان جامع بعد الحلق
فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى
بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط افسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال
الشافعي رح تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها
فكانت احط رتبة منه فيجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع
ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في
جماع النائمة والمكرهة وهو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا
ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض
والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم
فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله
عليه السلام الطواف صلاة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه
ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هو سنة
والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا
شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة
فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا
الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في
الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة وكذا روي عن
ابن عباس رضي الله عنه ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصها بالبدنة
اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان
يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر
بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره

بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لانه بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته فان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة رح بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رح انه تجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة ولو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث شاة لما بينا وان ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من الصدر فعليه صدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد دخل نقصان في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف

الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما فلا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه دم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثا تصدق ولكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رح وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء اخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه

من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت
بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام
النحر في غير الحرم فعليه الدم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة رح ومحمد
وقال ابو يوسف رح لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف رح
في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من
الحرم والاصح انه على الاختلاف وهو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلعم واصحابه احصروا
بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام
في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم
كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه والحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان
عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان
وعند زفر رح يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق
التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير
موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به
قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر
ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان
عند ابي حنيفة رح دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق
وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الاية وصيد البر
ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع
المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلعم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور
والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتديات بالاذى والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رح واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله
فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء
مثل ما قتل من النعم الاية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول
الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث
ابي قتادة وقال عطاء رح اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات
الاحرام ولانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان
المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه
لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف رح وزفر والدلالة الموجبة للجزاء
ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره
لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك
الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء
لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان يقوم الصيد في المكان الذي
قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء
ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وان شاء صام على ما نذكره وقال محمد رح والشافعي
يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي
اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم
ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة اوجبوا النظير من
حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال صلعم
الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد رح تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وما
اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رح يوجب في الحمامة شاة ويثبت
المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة رح وابي يوسف
ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في
الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد
بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي
هكذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل
في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصيام
فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه
كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية
ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة
او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله
او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيهما دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم

المخلف ثم الاختيار بعد ذلك من جنسه ويقومان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف
الأماكن فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى قالوا
والواحد يكفي والمثنى أولى لأنه أحوط وأبعد من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هنا
بالنص والهدي لا يذبح إلا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الإطعام في غيرها خلافا
للشافعي رحمه الله هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة
غير معقولة فيختص بمكان أو زمان أما الصدقة قربة معقولة في كل زمان أو مكان والصوم
يجوز في غير مكة لأنه قربة في كل مكان فإن ذبح بالكوفة أجزأه عن الطعام معناه إذا تصدق باللحم
وفيه وفاء بقيمة الطعام لأن الإراقة لا تنوب منه وإذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزي
في الأضحية لأن مطلق اسم الهدي ينصرف إليه وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم فيه لأن
الصحابة رضوان الله عليهم أوجبوا عناقا وجفرة وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار
على وجه الإطعام يعني إذا تصدق وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا
لأنه هو المضمون فتعتبر قيمته وإذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق به على كل مسكين نصف صاع
من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير ولا يجوز أن يطعم لكل مسكين أقل من نصف صاع
لأن الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع وإن اختار الصيام يقوم المقتول طعاما
ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاعا من شعير يوما لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن
إذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية
فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير إن شاء صام عنه يوما كاملا وإن شاء تصدق
به لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع وكذلك إذا كان الواجب دون طعام مسكين يطعم
قدر الواجب أو يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا أو نتف شعره أو قطع عضوا منه ضمن
ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من
حيز الامتناع فعليه قيمته كاملا لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن
كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس ولأنه أصل الصيد وله عرضية أن
يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فإن خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته
حيا وهذا استحسان والقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان أن
البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا
إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة
والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق

من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وقال عليه السلام
يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والحية والعقرب والكلب العقور وقد ذكر الذئب
في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور هو الذئب أو يقال إن الذئب في معناه
والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لأنه يبتدي بالأذى أما العقعق غير مستثنى لأنه
لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالأذى وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس
والمتوحش منهما سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس وكذلك الفأرة الأهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لأنهما لا يبتديان بالأذى وليس في قتل البعوض و
النمل والبراغيث والقراد شيء لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية
بطباعها والمراد بالنمل السوداء أو الصفراء الذي يؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب
الجزاء للعلة الأولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لأنها متولدة من
التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير أطعم شيئا وهذا يدل على أنه يجزئه أن يطعم مسكينا
شيئا يسيرا على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لأن
الجراد من صيد البر فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده بالأخذ وتمرة خير من جرادة
لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لأنه من الهوام والحشرات
فأشبه الخنافس والوزغات ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم
يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله ومن قتل
ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء إلا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال
الشافعي لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم
الكلب يتناول السباع بأسرها لغة ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالأخذ إما
لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد
واسم الكلب لا يقع إلا على السبع عرفا والعرف أملك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر
يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولأن
اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة
الشاة ظاهرا وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب عليه اعتبارا
قيمته بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال إنا
ابتدأناه ولأن المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الأذى ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم
من الأذى كما في الفواسق فلأن يكون مأذونا فيه دفعا للمتحقق أولى ومع وجود الإذن

من الشرع لا تجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان
اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا
بأس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست
بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح
حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك له انه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه
ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس بعارض
فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا
ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال
الشافعي يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع
وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام المميز بين
الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل
عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا
لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي
حنيفة ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه
الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا بأس
بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا
لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عم لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده
او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضوان الله عليهم تذاكروا لحم الصيد في حق
المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد
دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة
محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه
الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام
في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فصار
ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق
الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال
لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل

يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده
خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه
لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ هو صار من صيد الحرم فاستحق الامن
لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لانه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا
فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او
حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي
يجب عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت
العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته
لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر
ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب
حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل
آمر بالمعروف وناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا
محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام
لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه
كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف فان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره لا
ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى
كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على
القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما
يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به وهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى
مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة الذي ليس بمملوك
لاحد وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال
عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة
تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بيناه ويتصدق
بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب

محظور شرعا فلو طلق له رفع يده لتفرق الشعر لما امتنع الا انه يجوز البيع مع الكراهية بخلاف الصيد
والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع
ولان المحرم المنسوب الى الحرم على ما ذكرنا والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره
بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في
ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم
وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر
وقال ابو يوسف رح لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما روينا والقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر
لانه استثناه رسول الله صلعم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات
وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته
وقال الشافعي رح دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد
مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر
لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد
واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة
يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان
في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد
باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة
واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد بتفويت الامن
وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت وماتوا
فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا
ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم
ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم يبق آمنا لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه
دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب
لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا

انه تدارك المتروك في اوانه على ما مر ثم التدارك عندهما بعوده محرما ملبيا لان
العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه
بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة
مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق
ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان
دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء
لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني
ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي
بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل
ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن
دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزأه من دخول مكة
بغير احرام وقال زفر رح لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا
تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة
بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار
دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم
رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وافسدها
مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك
الوقت وعلى قياس قول زفر رح لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف من فاته الحج
اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجه هو
يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام
منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا يعدم بغيره من المحظورات فوضح الفرق واذا
خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته
الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرنا
في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة
فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا
فيلزمه الدم بتأخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه
وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة

واذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه
حجة وعمرة وقال ابو يوسف رح ومحمد رح رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم
لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة ادنى حالا لانها
ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج
ولم يأت بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج
رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا
طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة وله ان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها
واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة وقد اتى ببعض افعالها ابطال العمل
وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه
فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في
معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي
لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه
المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم
يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى
لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه
لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول
فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل
فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة وعندهما
لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما
ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع
بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة
لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة
فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه
اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه
من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما
مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة
وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يأت بما هو ركن يمكنه ان يأتي بافعال العمرة ثم

ثم افعال الحج ولهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه
بان بافعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من
اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها
ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد
ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام
العمرة في هذه الايام ايضا على ما ذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة
مكانها لما بينا فان مضى عليها اجزأه لان الكراهية لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام
باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في
اعمال الباقية قالوا وهذه دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر
في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته
الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه
العمرة على ما يأتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال
فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين فان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه
ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون
الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من
العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة
فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل
امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة
تذبح في الحرم وواعد من يحملها يوما بعينه يذبحها فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم
الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا
يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي
اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل
التخفيف ولنا ان المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي
وادناه الشاة وتجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة
بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث القيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه قوله

ثم تحلل ثم عندنا أنه ليس عليه حلق أو تقصير وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لأنه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر
أصحابه بذلك ولهما أن الحلق إنما عرف قربة مرتبة على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل
النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وإن كان قارنا
بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلل عن إحرامين فإن بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في
إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم
الإحصار إلا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج
إلا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق
إذ كل واحد منهما محلل ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون
الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك وبخلاف الحلق
لأنه في أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهي به وفي المحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا
روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولأن الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة
لما أنه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والإحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك
لا يتحقق لأنها لا تتوقت ولنا أن النبي عليه السلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولأن شرع
التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في
الحج وعلى القارن حجة وعمرتان أما الحج وواحدة منهما فلما بينا وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة
الشروع فإن بعث القارن هديا وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار فإن كان
لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه
وهو أداء الأفعال وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج وإن كان يدرك
الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف فإذا أدرك هديه صنع به ما شاء
لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وإن كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن
الأصل وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم
على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج
يدرك الهدي وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق
لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل
حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث
على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه

لا يلزمه التوجه كذا إذا خاف على ماله لا ينبغي أن يعتمد المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصوده لا
وجه لإيجاب الضمان عليه وله الخيار إن شاء صبر في ذلك المكان أو غيره ليذبح عنه فيتحلل وإن
شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو الأفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ومن
وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا لوقوع الأمن عن الفوات ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن
الطواف والوقوف فهو محصر لأنه تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل وإن قدر على أحدهما
فليس بمحصر أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل وأما على الوقوف فلما
بينا وقد قيل في هذه المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف والصحيح ما أعلمتك من التفصيل والله أعلم

باب الفوات

ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا
أن وقت الوقوف يمتد إليه وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه
لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست
إلا الطواف والسعي ولأن الإحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين
كما في الإحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا يكون في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر
فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها وهي يوم
عرفة ويوم النحر وأيام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام
الخمسة ولأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال
لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والأظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا
لو أداها في هذه الأيام صح ويبقى محرما بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته
فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج
ولنا أن قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولأنها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما
في فائت الحج وهذه أمارة النفلية وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال كالحج إذ لا تثبت
الفريضة مع التعارض في الآثار وهي طواف وسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله أعلم

باب الحج عن الغير

الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها
عند أهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن
أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية إحدى الشاتين لأمته ثم هذه العبادات
أنواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة والصوم ومركبة منهما كالحج والنيابة

ادى عمرة لان التحلل كان بافعال العمرة

يجزي في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا يجزي في
النوع الثاني بحال لان المقصود هو اتعاب النفس لا يحصل به ويجزي في النوع الثالث عند العجز للمعنى
الاول وهو المشقة بتنقيص المال ولا يجزي عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز
الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب
النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في
هذا الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد رح ان
الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه
كالفدية في باب الصوم **قال** ومن امره رجلان بان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما
امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن الحاج
ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما
شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على اختياره بعد وقوعه سببا لثوابه
وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه
صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى
على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رح
وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة
او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وهنا المجهول من له الحق
وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة
بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل
التعيين فصار مخالفا **قال** فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب
شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رح ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان
امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم
الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب
للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر
ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما
خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل هو من

من ثلث مال الميت جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم
جناية وهو الجاني عن اختياره ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد
حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره
اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله
لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا
عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت
من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يحج عنه من حيث مات الاول
فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رح اما عند
محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي
اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رح يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه
هو المحل لنفاذ الوصية وعزل المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه
لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز و
العزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رح وهو القياس ان القدر الموجود
من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله
الا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأنه
لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج
من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب
له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف
في الذي يحج بنفسه ثم يبتنى على ذلك المأمور بالحج ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان
يجعلها عن احدهما لان من حج عن غيره بغير امره فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد
اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما قدمنا
من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو
من ثلاثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه الصلوة والسلام لما جعل الشاة ادنى
لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه
والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة
تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا

موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما
الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدى التطوع والمتعة والقران
لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام اكل
من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق
على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد
صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي رضي الله عنه
قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران
الا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر
افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق
بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان
معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها و
اطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وقضاء التفث يختص بيوم
النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا اي وقت شاء
وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده
ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها
اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال
ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل
دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها
منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي
لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي
ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف
بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف ولانه
دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر
على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي البقر
والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تعالى ان تذبحوا
بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي صلعم نحر الابل
وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في البدن الهدايا قياما او اضجعها واي

ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عليه السلام نحر الهدايا قياما الا ان في حالة
الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها
بنفسه ان كان يحسن الذبح لما روي ان النبي صلعم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا
وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى
لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته
غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه
تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها قال ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها
وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا
من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما روي انه صلعم راى
رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبها
فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه
الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت
الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه
تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس
عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه
لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى
به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة
في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل هو
ولا غيره من الاغنياء بذلك امر النبي صلعم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادة
وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن
بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على
الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود
فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه
كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد
اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية
والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد
الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم مسائل منثورة

النكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه ومعناه شرعا عقد موضوع لملك المتعة عناية
اي حل استمتاع الرجل من المرأة وهو احتراز عن البيع فانه عقد موضوع لملك اليمين وان تبعه في بعض الصور ملك المتعة درر في صورة بيع الامة

والمراد بالايجاب ما تقدم لانه يوجب من كلام العاقدين سمي به القبول او ينبت العقد او القبول درر وهو خيار للآخر
وقال في فتح القدير الايجاب لغة الاثبات لاي شي كان
يعني ان اول فصل الوكالة في التوكيد

العقد

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم النحر وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا
يجزئهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة
دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عامة لتعذر الاحتراز عنه والتدارك
غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا
يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له
نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حجهم
انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا
يمكنهم الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في
اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن
لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما
ترك الترتيب وقال الشافعي رح لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل
الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز
بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي
بالنص فلا يتعلق بها البداية ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف
طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل
لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر الصوم متتابعا وافعال الحج
تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته
لان الظاهر هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت
المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب قال
ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له
ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا
ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره ذلك
للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما
كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها
لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في
بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير جماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع

وذلك يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان
يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله سبحانه اعلم والحكم بالصواب المآب

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان
كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما
عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل
بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج
والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس
حقيقة فيه ولا مجاز عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا
ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال
والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولا ينعقد
نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا
كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رحمه الله اعلم ان الشهادة شرط
في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراطه الاعلان
دون الاشهاد ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا
بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة
المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل
وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رح وسنقرره في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط
العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب
الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة
وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه فكذا لا يحرم على غيره ولانه من جنسه ولانه
صلح مقلدا فكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة
تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان
وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح وزفر رح لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة

والشهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولنا أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد ومن أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وإن كان الأب غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز وإن كانت غائبة لم يجز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم والجدات أمهات إذ الأم هي الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع قال ولا بابنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وإن سفلت للإجماع ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته لأن حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة قال ولا بأم امرأته دخل بابنتها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره أو في حجر غيره لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني أولاده لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين أختين بنكاح ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من أهله مضافا إلى محله وإذا جاز لا يطأ الأمة وإن كان لم يطأ المنكوحة لأن المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع يطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا إذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرق بينه وبينهما لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر

قال المصنف رحمه الله لأن ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة أي يكون البنات في حجر زوج أمهاتها غالبا أي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الحجر حيث لم يقل فإن لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم فإن الحل مع نفي الحجر ... الحرمة إلا أنه يتعلق به

قوله فإن تزوج أختين في عقدة واحدة فرق بينه وبينهما ولو تزوجهما في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما ... بين الأختين ... النكاح ... وذلك بطل نكاح الثانية ... المهر

أو للضرر فيتعين التفريق ولهما نصف المهر لأنه وجب للأولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أو الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أختها أو ابنة أخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأن الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لم يجز له التزوج بامرأة أبيه قلنا امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فيصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها ولو مس فأنزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء وعلى هذا إتيان المرأة في دبرها وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها لأن النكاح

لا يتعلق

ما شرع الا لثمراته مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة
على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
الحرائر ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج
المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابئات اذا كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرؤون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب
لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب
على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال
الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح و
لنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام تزوج بميمونة رضي الله عنها وهو محرم وما رواه محمول على
الوطء ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة
كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض جزء الحر على الرق وقد ارتفعت
الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه
امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل
الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على
الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف
النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون
حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات
في جميع الحالات اذ لا تنصيف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز
عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا
يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام
النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان
يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه
وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة
المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد اكثر من اثنتين وقال مالك
يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف

من قبلكم

وتزويج المحرم وليته اي موليته على هذا الخلاف يعني يجوز عندنا لا عند الشافعي

غيرها

ان يتزوج

منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى
الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي
وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح
ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح فاسد و
ان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل
لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص
وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة
للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده
وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو
صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان
فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطئ جاريته ثم زوجها رجلا جاز النكاح لانها ليست
بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها
صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه
كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا
بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل
ان يستبرئها عندهما وقال محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح
المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رح هو
جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس رضي الله عنهما
صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين
الى عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى
بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان
التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له
نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع
بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى
للتي تحل له عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الاصل ومن ادعت عليه
امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام

المقام معه وان ندعه بحالها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الآخر
وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رح ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف
على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على
الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان
في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال
مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن
مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها
وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي
الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من
واقع لا يدفع ويروى رجوع محمد رح الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح
خلافا للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض
الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها
وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب
قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها **قال** واذا استأذنها فسكتت او
ضحكت فهو اذن لقوله عم البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة
الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت
بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون
رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا **قال** فان فعل هذا غير الولي يعني اذا استأمر غير الولي او ولي
غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة
على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان
المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة
لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها
فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا

فضوليا يشترط العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر
ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ولان النطق لا
يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة
او تعنيس او حيضة فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة
والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وعند
ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد
اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها
بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة
او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى
لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول
قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له
الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة
تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد
ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن
له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في
الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة
او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد
وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لعدم
الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا
لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر المصالح الا بين المتكافئين عادة
ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان
النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف
في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة
داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف
التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا
تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود
الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة

يحدث الرأي من دون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله ع
النكاح إلى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الإرث
والأبعد محجوب بالأقرب فإن زوجهما الأب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما
بعد بلوغهما لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما
بعد البلوغ وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على
النكاح وإن شاء فسخ وهذا عند أبي حنيفة رح ومحمد رح وقال أبو يوسف لا خيار لهما اعتبارا
بالأب والجد ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل
إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول
الأم والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير
ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لأن الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والأنثى فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء وخيار العتق لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر إلى القضاء
ثم عندنا إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وإن لم تعلم فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به والولي ينفرد به
فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم **أي في الحرة .**
تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم **المعتقة .**
خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم
أنه رضا وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء
النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب
والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا
بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار
المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها وكذا بخيار العتق
لما بينا بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فإن مات أحدهما قبل
البلوغ ورثه الآخر وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح
والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين
قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا
ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم

على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا
يتوارثان أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات
من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان
وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن أبي حنيفة رح وقول أبي يوسف رح مضطرب
في ذلك والأشهر أنه مع محمد لهما ما روينا ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة
غير الكفؤ إليها وإلى العصبات الصيانة ولأبي حنيفة رح أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى
من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا
زوجها مولاها الذي أعتقها جاز لأنه آخر العصبات وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم
لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وإذا غاب الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد
منه أن يزوج وقال زفر رح لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة
فلا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا
أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد
وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم
نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين و
أيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة
إلا مرة وهو اختيار القدوري رح وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار
بعض المتأخرين وقيل إذا كان بحال يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه وهذا أقرب
إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته رح وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها
ابنها عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وقال محمد رح أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن ولهما
أن الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة
كأب الأم مع بعض العصبات **فصل في** الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه الصلوة
والسلام زوجوا بناتكم الأكفاء وقال عليه السلام ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا
يزوجن إلا من الأكفاء ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لأن الشريفة تأبى
أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة
الفراش وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا للضرر

العار عن الفسق ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض و
العرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم لبعض اكفاء قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما
بين قريش لما روينا وعن محمد رح الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما
تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون
بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء
فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام
النسب بالاب والجد وابو يوسف رح الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم
بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة
في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة
قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح
من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه
امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
او يلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا
هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل
البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله
لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري
المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس
يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد
ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف رح انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس
يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة
ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك
وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد
صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا

حقه لا يعترض عليه كما بعد الابراء بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء
المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج
الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما
ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته
يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غير
هما ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على
المهر اما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج
ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر
لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح
يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع
في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا
تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول **قال** ونكاح العبد والامة
بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل
امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا لان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز
انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع
لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا
الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى
حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو
باطل وان قال رجل آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغه الخبر فاجاز جاز وكذلك ان
كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
اذا زوجت المرأة نفسها غائبا فبلغه الخبر فاجاز جاز وحاصل الخلاف ان الواحد لا يصلح
فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد
بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين

ينعقد واذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر
لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف
المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا
الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى التنفيذ فيهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في
احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان
يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا
يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف
مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان
عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفؤ

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم
بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها
بشرط ان لا مهر لها لما بيناه وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز
ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة ولانه
حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو
سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان التسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت
بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما و
لا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعنده
تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان مات عنها او دخل بها
لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه
يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المهر
لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت
الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط
ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم
لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها او مات عنها زوجها وقال الشافعي رحمه الله

قال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر و
انما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر و
فيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير
مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى
انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله
عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها
ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا
على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي
يوسف رحمه الله اولا نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا
ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته
والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة
خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة
تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف
عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه
من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته و
ليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود
عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت
الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما
في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى
لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او
يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان
لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والحيض
مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار
من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله

كنفقة دار فلا يجب بمراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا لها نصف المهر
لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رح ان المستحق
عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا
استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير
بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب
العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن
حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها
قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه
لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر
طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف
عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان
خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير
جان في الايحاش فلا حاجة الى الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل ابنته على ان
يزوجه الآخر بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال
الشافعي رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في
هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا
سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على
تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته وان تزوج عبد حرة باذن مولاه
على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين
لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك يتحقق المعاوضة فصار
كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم
رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه
من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه
يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور
الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى
مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة

ابي حنيفة رح وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا يستحق فيها بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم
يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم
طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر
في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما
على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر
بالابراء فلا تبرا عما يستحقه بالطلاق ووجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود
ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف
ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رح
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند
الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف
ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف
وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رح يرجع عليها
بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان
ان حقه عند الطلاق في سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع
شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه
ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين
في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه
وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط
فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها
لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة
والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام
بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند

ابي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف اذا اقام بها والالفان
اذا اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا
يزاد على الالفين واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلك نصف درهم وسنبينه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان
كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان
كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها
قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب
المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال وله
ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت
لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان
اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب
لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج
مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان
تزوجها على حمار او فرس اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر
المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مهرا
في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام
المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم
رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما
بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة
والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت
اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها
مهر مثلها ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى
جنسا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في
ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون
صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فان
تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح

النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان
المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو
خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو
حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تجب القيمة لابي يوسف رح
انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا
تزوج على عبد وهلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة
والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف وكانه تزوج على خمر او حر
ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل
المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة
تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسألتنا
الحر مع العبد جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في
المقاصد وان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى
عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
قال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز
عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي
وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده
فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح
الفاسد قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب
باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام
الوطء فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح وهو يعتبره بالبيع الفاسد
ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة
لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع
لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بالقيمة وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع
الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر
الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها

لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة
لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من
وقت الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره
ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن أقارب الأب ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة
جنسه ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن
كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن
والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي أيضا في البكارة لأنه
يختلف بالبكارة والثيوبة وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه
إلى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي
إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وإن كانت
الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال ابنه الصغير وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر
في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة
ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم
الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ألا يرى أنه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه
قال وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقها
في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج
من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس
له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها
بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رح
وقالا ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو
كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني
على هذا استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة
ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع وله أنها منعت منه ما
قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض إبانة لخطره والتأكيد
بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم إذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة

المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ثم إذا جنى أخرى وأخرى
يدفع بجميعها وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة
لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها والقول
قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا
أن يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لأبي يوسف أن المرأة تدعي
الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه
وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه ولهما أن
القول في الدعاوى قول من يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح وصار
كالصباغ مع صاحب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر هاهنا أن بعد
الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والأصل
وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق
كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين والمتعة لا
تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة
مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو
المذكور في الأصل وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى
الألف والمرأة الألفين فإن كان مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله وإن كان ألفين
أو أكثر فالقول قولها وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل
بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط وإن كان مهر مثلها ألفا
وخمسمائة تحالفا وإذا حلفا تجب ألف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان
في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع
لأنه هو الأصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه ولو كان الاختلاف بعد موت
أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولو
كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى
القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وإن كان في أصل المسمى فعند أبي
حنيفة القول قول من أنكره فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد

ان شاء الله تعالى واذا ماتت الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من
ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر
في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين
في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك
واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات
احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن
بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو
المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال
الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه متعارف
هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره
ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه **فصل** واذا تزوج النصراني نصرانية
على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها
فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما
في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها
وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال و
هذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام
الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف الذمة لانهم التزموا احكامنا
كالربا والزنا ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه
في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة
فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان
كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد و
قوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت
روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما
او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا
بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض موكد للملك
في المعقود عليه فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير

اعيانهما واذا تحقق حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام
فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم
بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع
بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب
القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات
الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل
الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله اعلم

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق
فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما
تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة
اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب
تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج
نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك
فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب
في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق
برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر
ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما
لا من انفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا
باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق
بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك
الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن
قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة
وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون
هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المو

فيتناوله بعد العتق ولهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز
ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك
التصرف ولان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل
كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه
الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا
كان النكاح في مهر المثل ووجهه ان سبب ولاية تملكها الرقبة على ما ذكرناه والنكاح لا يلاقي
حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين
الاستهلاك فصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج
امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى
والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق
لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده
وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي
لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص الادمية فلا يملكه المولى
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع
بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك او النقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا
فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها
اجنبي ولابي حنيفة انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا
جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل
بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية
المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه
معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي
حنيفة وعندهما الاذن اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل
تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها
وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

الحرة وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام
لبريرة رضي الله عنها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر
مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه
يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل العقد
دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر
لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة
لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها
قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من
اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق
زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت نفسها بغير اذنه على
الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة
للمولى فان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف
المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى
ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب
الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعناه
ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة
الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء النسل دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة
والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او
حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطء
يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد
كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت
منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها
عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا
يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد
للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا
قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه
فيعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد

النكاح وقال زفر رح لا يجزيه وأصله أن العتق يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى
به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه و
هذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا أنه أمكن
تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب
التمليك منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت تمليكا منه ثم الإعتاق
عنه وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت أعتقه عني ولم تسم
مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رح هذا
والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان
عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه
ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير
ينوب عن الآمر في القبض أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه
وهذا عند أبي حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام
والمرافعة إلى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة رح
وفي الوجه الثاني كما قال زفر رح له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وإنما لا يتعرض لهم
لذمتهم إعراضا لا تقريرا وإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن
حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين إياها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيه
ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات ولأبي حنيفة رح أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم
لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لا يعتقده بخلاف ما إذا كانت
تحت مسلم لأنه يعتقده وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة
ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة وإذا تزوج المجوسي
أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في
العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء
النكاح فيفرق بخلاف العدة لأنها لا تنافيه ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما
لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير
اعتقاده أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا

يفرق بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة
ولا مرتدة لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها
ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فإن كان أحد الزوجين مسلما
فالولد على دينه وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه لأن في
جعله تبعا له نظرا له ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لأن فيه نوع نظر
له إذ المجوسية شر وإن فيه تخالفا فيه للتعارض وبحث في تبعية الزوج وإذا أسلمت المرأة
وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما وكان
ذلك طلاقا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام
فإن أسلمت فهي امرأته وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال أبو
يوسف رح لا يكون طلاقا في الوجهين أما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الإسلام
لأن فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل
الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلث
حيض كما في الطلاق ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة والإسلام
طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء وجه
قول أبي يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب
الملك ولهما أن بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي
منابه في التسريح كما في الجب والعنة أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي
منابها عند إبائها ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان قد دخل بها لتأكده بالدخول وإن
لم يكن دخل بها فلا مهر لها لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة وإذا
أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها
حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة والعرض على
الإسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي ثلث
حيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح
يفصل بينهما كما مر له في دار الإسلام فإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وإن
كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة رح خلافا لهما وسنبينه إن شاء الله تعالى وإذا أسلم
زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى وإذا خرج أحد

الزوجين من دار الحرب الينا مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رح لا تقع ولو سبي
احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رح تقع
فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في
انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما
السبي فيقتضي الصفاء للسابي فلا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن
ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب
ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء
في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا
خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة
لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رح انها اثر النكاح
المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت
حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع
حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في
حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق
هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رح مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رح فرق
ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا
بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا يتوقف
الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل
ونصف المهر ان لم يدخل وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل فلا مهر لها ولا
نفقة لها لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح
يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا
ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم
احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او
احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عم من كان له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم

القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يعدل في
القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك
يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من
حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو
التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان
كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر
ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة
وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم ثم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر
فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا
اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب
وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا
له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات
بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عم ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد
فلا يسقط والله اعلم

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت
التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا
الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عم يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود
بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ان شاء الله تعالى ثم
مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر
ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما
نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة
الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عم لا رضاع بعد حولين وله هذه
الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها

وحمله وفصاله
ووجهه

كالاجل المضروب للدين لكن قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهر ما اقتضاه ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بحول
بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم و
الحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا
مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال
ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا تعتبر الفطام قبل المدة
الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل
يباح الارضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح لانه اباحة ضرورية لكونه جزء الادمي قال و
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاعة فانه
يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه
بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ان يتزوج اخت ابنه من
النسب لانه لما وطي امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه وامراة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في
النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة
صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه
اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع و
قال النبي عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه
سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل
باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب
اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد
لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا
يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها و
لا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا اختلط اللبن
بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح
هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في
مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا

غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال
رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا
لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان الطعام
اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام
عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل فان خلط بالدواء واللبن غالب
تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول قال واذا اختلط
اللبن بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم
اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح
لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد رح وزفر رح
يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود
وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت
صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب
لبن امراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في
ثبوت الحرمة انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا
يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى
الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في
الوطي لكونه ملاقيا للمحل المحترم وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن
لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه تثبت به التحريم كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد
في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد
ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع
صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن
انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم
لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة
فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين البنت والام رضاعا
وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من
قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع
وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به

على الكبيرة

الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة
امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان
على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان
الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال ولان افساد النكاح
ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف
ولكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون
متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت
بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية
لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا
اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات
وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا
كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره
واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال
الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا
دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة
واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على الواحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل
عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا
بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها
ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رح انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق
هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عم في حديث
ابن عمر رض ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن
تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا

في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رح
كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف
الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق
هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة
للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى
دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث
انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في
الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه
اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد
فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت
تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض
فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض
خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت
لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر
طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور
بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي
حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات
قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رح يفصل
بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه
لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة
والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكره تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق
فرارا عن مؤنة الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز

عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير
معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا يقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل
بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها
للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة في
والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر
دليلها كما في حق الايسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح
علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى
مع الحبل واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق عليها لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهو العدة
ودفعا لضرر تطويل العدة **قال** فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان
شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي
الحيضة وقال الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره في الاصل قولهما ووجه المذكور
في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية
ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الاخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في
الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام
فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس
كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نيته
الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة
لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت ايسة او من ذوات
الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر
في حق ذوات الاقراء على ما بيناه وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما
اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث
انما صحت من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه
فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث **فصل** ويقع طلاق كل زوج اذا
كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا

الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر
الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا اية القصد
والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار
الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل
فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فيجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو
شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت
معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك وجوهه في اواخر الكتاب ان شاء الله تعالى
وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا و
قال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
ولان صفة المالكية كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت مالكيته اكثر
واوفر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في
حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما رواه
ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امراة فوقع طلاقه عليها ولا يقع طلاق مولاه على امراته
لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

قال الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا
يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا
وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى
الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم
يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق
عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة
بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت
مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا
قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه
محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد
به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق

ولا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر للطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق هو تطليق وتعق
الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اى عطاء جزيلا
واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له
نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة
الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه
يزيده وكادة واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل
اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا
يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان
المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا
تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث
صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت
المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد
وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل
منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق
اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان
اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه
اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك
طالق او عنقك او رأسك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه
يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذلك غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة
وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان
رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه
هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك
لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق
الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لا يقع الطلاق
وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه
جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت
الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه

الطلاق

النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر
بالعكس ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان
محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح
اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا
في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل
وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين
فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث
تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها
طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا
ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من
واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاولى
هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع
واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من
هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف
يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثله
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين
الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا والاصل في
الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها
بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة تدين ديانة لا قضاء
لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ولنا ان عمل الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها
وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف
ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع
ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي
وان نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين

في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي اثنتان وعند زفر ثلث لأن قضيته أن يكون
أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الأول لما بيناه ولو قال
أنت طالق من ههنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لأنه وصف الطلاق
بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها ولو قال أنت طالق بمكة أو
في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا إذا قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يتخصص
بمكان دون مكان ولو عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف
الظاهر ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لأنه علقه بالدخول ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع
الفجر لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار
صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا لظاهره ولو قال أنت طالق
اليوم غدا أو غدا اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الأول في اليوم وفي
الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الإضافة وإذا قال غدا كان إضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال أنت
طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء
خاصة لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في
أول جزء منه عند عدم النية وهذا لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ولأبي حنيفة
رحمه الله أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء
الأول ضرورة عدم المزاحم فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري
بخلاف قوله غدا لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى جميع الغد نظيره إذا
قال والله لأصومن عمري ونظير الأول والله لأصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو
قال أنت طالق [أمس] وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية
لمالكية الطلاق فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم
النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج ولو تزوجها أول من أمس وقع
الطلاق الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان إنشاء و
الإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع
شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخبارا

اعتبارا على ما ذكرناه ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت لأنه
أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لأن كلمة متى ومتى ما
صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا أي وقت الحياة
ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن
الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال أنت طالق
إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت
لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى إذا الشمس كورت وقال قائلهم وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا
يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت
لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يستعمل في الشرط
أيضا قال قائلهم واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل فإن أريد
به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف
مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر
صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية أما إذا نوى الوقت يقع في الحال
ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق
فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن
كانت مدخولا بها وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت
طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لأن البر
هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وأصله من حلف أنه لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى
ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد
به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا
أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق
الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار
ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول
إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة **فصل** ومن قال لامرأته أنا منك طالق
فليس بشيء وإن نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي
طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح مشترك

بين الزوجين حتى يملك المطالبة بالوطي كما يملك هي المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك
بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة
والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة
عن التزوج لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة
الوصلة وهي مشتركة بينهما فتصح اضافتها اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها وان قال
انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال العبد الضعيف كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق
واحدة رجعية ذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء
ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك
في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف
قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا
ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت
المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا
له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك
فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية و
لا بد منهما واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه
وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه
اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشترا
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء ولا
بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق
لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة
هناك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك
فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ
ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة
هو المعلق بالتطليق لان في التعليق معلقا بالاعتاق فالاعتاق يوجد بعده ثم الطلاق
يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة

غليظة بالثنتين بعتق شيء وهو ان كلمة مع للقران فلما قد ذكر للتأخر ثم اعلم قوله يحتمل ان
مع العتق يراد مع العتق بعد الحمل عليه بدليل ما ذكرنا في مسئلة الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق
ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث
حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج
قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا
عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق
مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض و
لهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان
يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق
بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها
بالاحتياط ولا وجه لما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن
التطليق لانه علته فيقترنان **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ومن قال لامرأته انت
طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد
العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا الحديث
وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع
بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة
فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع
في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع
واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب
من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح
يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف
المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله
الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين
ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى ثنتين اما اذا نوى الثلث
فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان
بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا لو قال افحش الطلاق لانه انما يوصف
بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث

الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي
هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن
محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق
بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب
زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف
يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق
او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه وصفه بالشدة
وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر
واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف رجل ويراد به
القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه يقع الثلث عند عدم
النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما
الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت
نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع
بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي
يوسف رح ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد
على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس
الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او
عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب
تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا
يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع
بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن
عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق
ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول
انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يكن في اخر كلامه ما يغير صدره
حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذلك اذا قال انت طالق

انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت
طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو
العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فاتت المحل قبل الايقاع فيبطل وكذا اذا قال انت طالق
ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة
او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان
قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي
ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة
صفة للاولى فتبين بها فلا يقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت
الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة
للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع
في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذلك ان قال انت طالق واحدة بعد
واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان
ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن
ابي يوسف رح في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة
وفي المدخول بها ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح
وقالا يقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت
ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان ال
جمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول يقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا
واحدة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة
بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير
فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي وذكر الفقيه
ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني وهو الكنايات
فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين
او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي
قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل
اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة

قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله

القبلية

فيقعن

وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنها تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيها إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب. **قال** وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلثا كانت ثلثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستبرئي واعزبي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية. **قال** إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه قال العبد الضعيف سوّى بين هذه الألفاظ وجعلها فيما لا يصلح ردا وجملة ذلك أن الأحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية والقول قوله في إنكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام أمرك بيدك اختاري اعتدي لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الأول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إليه كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة

بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وإنما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الأدنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ولأنه يأمر امرأته بالاعتداد في العادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وإن قال لم أنو بالباقي شيئا فهي ثلث لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقي للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولأنه يملك الاستدامة على نكاحها أو مفارقتها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وإن نوى الزوج ذلك لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لأنه عرف بالإجماع وهو

في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال
اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا فيتضمن
اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن
الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه
ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي بتطليقة اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما
نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي
وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام
جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء
الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة وهو
اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا
يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى
وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد
وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد
من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث
في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما لو صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد تقع الثلث
فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة
لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان
قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة
لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص **فصل في الامر** باليد واذا قال لها
امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا
للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة
واحدة وبذلك تقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة
فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية
التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير
الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه

لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد
حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت
الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من
جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا
يرتد الآخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق
لا يحتمل التوقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدا ولو قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد
لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد
يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي
حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا
تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا
اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف
انه اذا قال امرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال
امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان
الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم
ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ
في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف براي نفسه وهي بهذه
الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك
وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا
يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما
بيناه في الخلع ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الراي
بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى
ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير وقوله ما لم تاخذ
في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست
فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للراي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت
او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية

اليوم وامرك بيدك

فرع قال المصنف رحمه الله هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة
فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح
ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رح ولو قالت ادع ابي
استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن
الجحود والانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على
خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة
البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت
نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها
لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل
كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون
الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى ثنتين لا يقع لانه نية العدد الا
اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو
قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكان
موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد
ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار
لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق
لم يقع شيء ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا
بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها
ابنت شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس
له ان يرجع عنه لان فيه ~~[illegible]~~ معنى
اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك
بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو
قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة
في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في
المجلس وبعده وله ان يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله

ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فكان لها ان توقع منها ما شاءت

قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت
فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه وقال زفر رح هذا والاول سواء
لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشيته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان
شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق
يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها
ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا
طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج
ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا
تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي
في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغت
وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر
به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت
نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف و
يبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية
فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد
ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة
التي عينها الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء
لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال
لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية
الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث
مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت
فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة
وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق
بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا
طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ
المشية تنبئ عن الوجود وكذا اذا قال احببت بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا تنبئ عن الوجود
وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتيان

بمشيئة معلقة فلا يقع الطلاق و بطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان
التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت
او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى او متى ما فلانها
للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت
الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد
ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان
ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رح
ان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من
قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق
نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم
حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها
ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك
الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء
ان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق
له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع
في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا وان قال لها انت طالق كيف
شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة
بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك يثبت المطابقة بين مشيتها
وبين ارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية
لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا
جريا على موجب التخيير قال المصنف قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يقع شيء
ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض
التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية
في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رح ان كلمة كيف للاستيصاف يقال
كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال
لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما تستعملان للعدد فقد
فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا

لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي
نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي
حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز
فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي
حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض
لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان
تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع الطلاق لقوله
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته
قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع
وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما
رضي الله عنهم واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا
او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد
ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة
الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار
فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك
او سببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان
الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة
ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان
ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط
لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل ان يقول كل عبد اشتريته فهو حر قال ففي هذه
الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار
لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال
قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد
ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات

في ابتداء النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره من
بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق
يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق
بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط
فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط ~~فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي~~
اليمين ثم وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء
فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع
شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة
لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة
تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول
ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع
الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها
امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت تحبين
ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احب طلقت هي ولم
يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب
التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها
بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق
حتى يستمر الدم ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا
بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال
لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال لها
اذا صمت يوما فانت طالق طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد
يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه
وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة
وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة و

بالولد الآخر

وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا
وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال
انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان ولا تقع الثانية بالشك
والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال لها ان كلمت ابا
عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو
ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع شيء وهذه
على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل
في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له
اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك
يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك حال بقاء اليمين فيستغنى عن
قيام الملك اذ بقاؤه بمحله والذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها
ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر
واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فيعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر
لا يهدم فيعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها
هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق
لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت فان
لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال
لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا
لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج
في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب

الحضرة او لوطئ او بالخلوة عند ابي حنيفة ومحمد ولو كان الطلاق رجعيا تصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف
خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف
بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا
من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما
من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام
الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال وكذا اذا ماتت قبل
قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب
دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا
الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم
بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان
علي درهم وبين قوله علي عشرة الا تسعة ويصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض
بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما
يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقع ثنتان
وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء
عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض
وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج
قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن
لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء
لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي
به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي
في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا
ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها
في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى
لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع

في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اقراره
ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها
بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث

جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه
قولهما في المسألة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه
فانعدمت التهمة الا يرى انه يقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسألة
الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح
والقرابة ولا عدة في المسألة الاولى ولابي حنيفة في المسألتين ان التهمة قائمة لان المرأة
قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان
على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة
فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة
فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته
ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات ~~في ذلك الوجه~~
ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بيناه ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم
الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون
بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكمه بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب
ويكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة
لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب
منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل
دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا
قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان
الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه
اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على
وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان
الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق
او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق
والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق
في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال
زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان

وانما يتعلق

لأن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه
وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط
في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الإبطال إما
بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وإن لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف
بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق
والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك وإن
كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث لأنها
مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا
رضا مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة إن كان الفعل مما لها منه بد فلا
إشكال أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح وهو قول
زفر رح لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف
ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه قال
وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لأنه قصد الفرار
حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة
الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا و
لو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث
وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت
أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت
الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام
النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت
الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت
وقال محمد رح لا ترث وإن كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق
بالتعليق بفعل لا بد لها منه وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث
وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة
أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال
والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث فيه في جميع الوجوه لما بينا أنه لا يزيل النكاح
حتى يحل الوطء فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات

إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها

إذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك
أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة
استدامة الملك ألا ترى أنه سمى إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق ذلك الاستدامة
في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي
وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة قال أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة
أو ينظر إلى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة
عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بينا وسنقرره
إن شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار والدلالة فعل يختص
بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر من غير شهوة لأنه
قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين
والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة يطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب
أن يشهد على الرجعة شاهدين وإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في أحد قوليه
لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب
ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا
فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر
فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها
كيلا تقع في المعصية وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي
رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهما
إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رح وهي مسألة الاستحلاف في
الأشياء الستة وقد مرت في النكاح وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رح وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة
إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رح أنها صادفت حالة الانقضاء
لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء
وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به وإذا قال زوج الأمة

بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند
ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه
للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في
العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى
وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل
قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول
قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة
ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل
او يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت عن
الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد
الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة
بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زايدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع
اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح
اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به
من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما
اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء
الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع
بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت
ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان
اقل من عضو انقطعت قال المصنف وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان
لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض مما
لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان فيما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط
فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا
وعن ابي يوسف رح ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول
محمد رح هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن

ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في
مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عم الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك
متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان
تثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي
العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها
ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة
حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل
الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين
بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في
البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني
يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام فان
قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر
وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث
منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا
فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانه
اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق
بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة
كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة
بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حايل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق
والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة
والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها
خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع
يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها و
قال زفر رح له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت
العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء

العدة فلم يملك الزوج الاخراج الآن تشهد على رجعتها فبطل العدة ويتقرر ملك الزوج
وقوله يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم
الوطي وقال الشافعي رح يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة
حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند
اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء
اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم فصل فيما تحل به
المطلقة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها
لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه
النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى
تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث
في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية
المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح
على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة
الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى
لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد
والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك
يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع
امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي
وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها
اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح
الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له
وهذا هو محمله فان طلقها بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح
لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها
على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق
الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج

الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية
لحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه
محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت زوجا اخر ودخل
بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في
غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير
مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينه في باب العدة ان شاء الله

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه
ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان
لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لانه مانع
حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه
الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة و
زيد بن ثابت رضوان الله عليهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع
بتأجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت
موقتة بها وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع بها
الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها
عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها
وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان
تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه فان تزوجها
بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة
التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه
لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا
ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم
الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه
جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد

الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى
وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا
يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت
مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا
لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير
ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء
ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من
غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق
فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من
المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رح
فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع
المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك
مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية
قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة
قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك
او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا
لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة
في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة
العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع
او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه
فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب
الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد
باللسان واذا ارتفع الظلم لا تجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء
وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته
انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة
كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة
بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار

فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام
التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد
وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف
لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه
بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع
تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق فيصير من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال
اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان
كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال
فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها
وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله
عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز
منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى
ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في
الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق
تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة
المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة
قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة
بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي
الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما
حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام
بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا
كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي

بزواله فإنما التمليك للبضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما ذكرنا بخلاف النكاح لأن البضع
حالة الدخول متقوم والفقه أنه محل شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه فأما
الإسقاط فنفسه شريف فلا حاجة إلى إيجاب المال **قال** وما جاز أن يكون مهراً جاز
أن يكون بدلاً في الخلع لأن ما يصلح عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم فإن قالت له خالعني
على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال وإن قالت
خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالاً
لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع
أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر عنه
ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها
ثلاثة دراهم لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل
بدونه فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن
قدرت وتسليم قيمته إن عجزت لأنه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة
عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح وإذا قالت
طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد
واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث
الألف وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن
لوجوب المال وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة
ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات
حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى
يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان
شرطاً وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدئاً فوقع
الطلاق ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت
نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم له الألف كلها بخلاف
قولها طلقني ثلاثاً بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى ولو قال أنت
طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد من
القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف

على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل
وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال
لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي
حنيفة وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبلا وإذا لم يقبلا لا يقع
الطلاق والعتاق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا
المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها
إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال
بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار
أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة
وإن ردت الخيار في الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف وهذا عند أبي
حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم لأن الخيار
للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه
من جانبه يمين ومن جانبها شرط ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى
يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح
رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق بمنزلة
جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس
فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من
جانبه فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط لصحته بدونه أما البيع لا يتم إلا بالقبول فالإقرار به
إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه **قال** والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان
كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقط
فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة لمحمد
أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ولأبي يوسف أن المبارأة
مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض
أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام
ولأبي حنيفة أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة
فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها

لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من ثلثه ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبولها فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففيه الروايتان وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب

باب الظهار

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل ان يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان ثمه آخر لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه

يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بيناه غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف اليهن الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في كل واحدة والكفارة لانهائها فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة فيه على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه

منهية للحرمة فلابد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا قال ويجزي في العتق الرقبة
الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغيرة والكبيرة لان اسم الرقبة ينطلق على هولاء اذ
هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رح يخالفنا في الكافرة ويقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكنه من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء
اختياره ولا تجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر
او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة
احد اليدين واحد الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا
كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر
قال ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة
الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا
يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش
بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون
الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي
عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب
الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من
كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان
الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح لانه استحق حرية
بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة
الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه
تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري
لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرى الكفارة جاز عنها
وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب
الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا
كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية

السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن
كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب
الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها
بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما عندهما
الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق
نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان
لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق
النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته
صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر
ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار
لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب
الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف
الصوم عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستانف لانه لا يمنع التتابع
اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا
اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون
قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف
وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة و
ان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان
اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع
المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من
تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل
مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر
او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه فان
غداهم وعشاهم جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة

حصل بعدما وعندهما اعتاق النصف

وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص
عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما
الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه
الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا
ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد
خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا
في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد
قيل لا يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة
واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف
لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما
يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا ينعدم المشروعية
في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن
واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزي عنهما وان اطعم ذلك عن
افطار وظهار اجزى عنهما له ان المؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما
كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي
الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع
ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف
ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفع الثاني في حكم مسكين اخر ومن وجب عليه كفارتا
ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او
اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة
واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار و
قتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي
له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه
قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما
لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد
واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام

يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد واذا كان عليه صوم القضاء
والنذر فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب
ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات
مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها
لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي
جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا ثم اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة
لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر
احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف
وهذا لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى
يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي
بما عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا
من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه
لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او
محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي
وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان من اهل
الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت
صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان
في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام
اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر و
الحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من
جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد

اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول
في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني
به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من
الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ياتي بلفظة المواجهة يقول
فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها
الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لم تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم
بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت
الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله
ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد
لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال
ابو يوسف رح هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم
يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه
والحقه بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في
اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد
امراة هلال بن امية والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر
عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رح ان القاضي
يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من
ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان
يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان
من جانبها واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف
الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك

حملك مني فلا لعان فيه وهذا قول ابي حنيفة رح وزفر رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر
قاذفا وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق
القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان
بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا
الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال
الشافعي رح ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان
الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه
عرف قيام الحمل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي
تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن
ويثبت النسب وقال ابو يوسف رح ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي
يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة
وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل
عليه وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي
ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة
التي ذكرناها على الاصلين قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى
الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توامان خلقا من ماء واحد وحد
الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت
نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق
على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة
ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطي
ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة
لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فان مضت ولم يصل
اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان
فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة

تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي
هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما يقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان قد
خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل
إليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا
فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة
ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن
قلن هي بكر أجل سنة وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل
سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما
يؤجل العنين لأن وطأه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها
النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي
ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت
ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض
وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه
وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام و
البرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع
قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الأسد ولنا أن فوت الاستيفاء
أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لأن الاستيفاء من
الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا عنها كما في الجب والعنة بخلاف
جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حقه
وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به
فافترقا والله أعلم

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة
ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة
إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم

في الفرقة الطارئة وهذا يتحقق فيها والأقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الأطهار واللفظ
حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على
الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لأنه معرف
لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق بيانا به وإن
كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر
الآية وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن
حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها
حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر
بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه
يتجزى فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران
وخمسة أيام لأن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى
وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود باهلته أن سورة
النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على
سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق
بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح
بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه
ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته
حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر
باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث الكافر فإذا أعتقت الأمة في
عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي
مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وإن كانت
آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة
بالحيض ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عوده يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا

وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ
الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل قال
والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن
براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي ره حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال
عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات
الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال
ابو يوسف ره عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي ره لان الحمل ليس بثابت النسب
منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف
عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق
في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير
بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا فلا تلزم امرأة
الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت كما قال
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه
في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق
لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها
عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت
العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي ره لا تتداخلان
لان المقصود هو العبادة فانه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان
ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة
اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر
الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم
بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة
الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون

يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح
الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر ره من آخر الوطآت
لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى
الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة
او العزم لا يثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة
الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي
وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف
كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها
فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة ره وابي يوسف ره وقال محمد ره
عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال
المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر
حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما
انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي
مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب
الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوجد الطلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة
عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال
اذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان
يكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة ره وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها
نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح فقول ابي حنيفة ره فيما اذا كان
معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم
ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا
للتملك الا ان يكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة ره انه يجوز نكاحها
ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد واما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا
واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي ره لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت

زوج وقد بقي بعدها الا تمامه وقد اوحشها بالابانة فلا تتأسف بفوته ولنا ما روى ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب
اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع
لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد
وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من
عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف
والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة
الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن
لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه **قال** الا من عذر لان فيه
ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا
يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب
بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب
ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها
وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع
من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته وليس في عدة ام الولد ولا في
عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل
ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما
عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا
معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني
اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب
واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا و
المتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة
نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة
لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة
لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا
للحاجة وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل

في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها
ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ
الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت
لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او
خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر فلا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق
بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف
عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا
بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى
خروجه **قال** واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها زوجها
فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج
معنى بل هو بناء وان كان بينهما ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها
ولي او لم يكن معناها اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف
عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون
طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان
نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر
وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج
الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة
اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو
ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت
به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها
وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه
جعل واطئا حكما فتأكد المهر فلانه لا تنتسب به ويثبت نسب الولد المطلقة الرجعية اذا جاءت
به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز ان يكون
ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت

نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق
ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها
اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال
الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة
لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه
لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
وقال ابو يوسف رح يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم
تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر
فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار
يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة
وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل
وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين
وقال زفر رح ان جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان
الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصارت كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا
في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة
لان الاصل فيها عدم الحبل لانها لا تحبل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة
بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل
الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده
وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي
حنيفة رح الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او
اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما يثبت
في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة
الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال

كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل وصدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة
والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم
يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم
فيقبل تصديقهم واما في حق النسب فهل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم
تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على
النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج
او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة
تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان
انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه وان ولدت ثم اختلفا
فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر فقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها
لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على
الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق
عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها
وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن
ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر
بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد
من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه
وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل
سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين
فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر
انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها
لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على

الشراء، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوته
لو كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين ثبت النسب الى سنتين
من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل
بالشراء. ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي
ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع. ومن
قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه
يرثانه، وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب
كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا
بالنكاح. وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح
الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة، ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام
ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا
رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم
ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه
واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير
له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة
حاضرون متوافرون، والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن
الحضانة، فان لم يكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية
تستفاد من قبل الامهات، فان لم يكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات
ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد، فان لم تكن جدة فالاخوات
اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث
وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته، وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق
ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام، ثم الخالات اولى — بهتن م
من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين
ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا

لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر، قال الا الجدة
اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له، وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام
الشفقة نظرا الى القرابة القريبة، ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية
لان المانع قد زال، فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم
تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة. والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل — ويلبس وحده م
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء
ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب
اقدر على التاديب والتثقيف، والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا
للغالب. والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة
اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ
والاب فيه اقوى واهدى، وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق
الحاجة الى الصيانة. ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى، وفي الجامع الصغير
حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام
والجدة لقدرتهما عليه شرعا. والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق
الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق، وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن
الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى. والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف
ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده. ولا خيار للغلام والجارية
وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير، ولنا انه لقصور عقله
يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
لم يخيروا، واما الحديث قلنا قد قال رسول الله عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار
الانظر بدعائه او يحمل على ما اذا كان بالغا. **فصل** واذا ارادت المطلقة
ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به
الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا
قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا، واذا ارادت
الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها

ذلك وبهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد
في وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك
حق إمساك الأولاد ووجه الأول أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه
عرفاً وهذا أصح وقد أشير إلى أنه لا بد من الأمرين جميعاً الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان بين
المصرين تفاوت أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته
فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر فلا بأس به لأن فيه نظراً
للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل
السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله
فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والأصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً
بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل
فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعاً قال رضي الله عنه وهذا
اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة
اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون
نفقة الموسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية
والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة أما النص فنحن نقول بموجبه
أنه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو
الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي رح أنه على الموسر مدان وعلى المعسر
مد وعلى المتوسط مد ونصف لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه قال وإن امتنعت
من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من
قبله فيجعل كلا فائت وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس
منها وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج
لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها

لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح
ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين إن شاء الله تعالى وقال الشافعي رح لها النفقة لأنها عوض عن
الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك فلا يجتمع العوضان عن
معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة
فلها النفقة في ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا
حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن
كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها
النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقياً تقديراً و
كذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف رح أن لها النفقة
لأن إقامة الفرض عذر ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو
سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر
دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن
لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس
قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف رح
أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه قال وتفرض على
الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في
بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها ووجهه أن كفايتها واجبة
عليه وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه قال ولا تفرض لأكثر من خادم واحد وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح
الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى الاثنين
ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج
الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في
الكتاب إذا كان موسراً إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن
عن أبي حنيفة رح وهو الأصح خلافاً لما قاله محمد رح لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي
قد تكتفي بخدمة نفسها قال ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها
استديني عليه وقال الشافعي رح يفرق لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي

منه ابدا في الفريقين كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة
الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة
تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو
المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج
فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج فاذا قضى القاضي
لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار و
الاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها قال واذا
مضت مدة لم ينفق الزوج عليها فطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها
النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض
عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا
بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف
المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة و
كذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض
وقال الشافعي رح تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه ما بيناه وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة و
ابي يوسف رح وقال محمد رح يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح
وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق
بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انها صلة وقد اتصل بها القبض
ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد
منها شيء بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع شيء منها لانه
يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها معناه اذا
تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات
العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا
فعليه النفقة لتحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها عليه لعدم الاحتباس والتبوئة
ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه
فات الاحتباس والتبوئة غير لازم على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها

لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا
كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا
وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها
ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص
حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار
مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من
الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل
لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام
وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما
من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه
وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر
ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب
اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه
لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق
الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يد مضاربه
وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او
طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه
يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا
يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه
ولا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما
استوفت النفقة او طلقها زوجها وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث
اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم
الكفيل عند ابي حنيفة رح لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج
ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب **قال** ولا يقضى بنفقة في مال

الغايب الا لهولاء ووجه الفرق ان نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء ولانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر رح يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المراة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة ابنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له عليها وهي مرتب على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رض رده عمر رض فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضوان الله عليهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية والمولود له الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها اي بالزامها الرضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع **قال** ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا اراد ذلك لان الحجر لها فان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها باكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير

لان النكاح قايم وكذا في المبتوتة في رواية

قال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان الابن يعيش في نعمة الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه لانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث على السوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق عليه **قال** وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على

ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ نفقته منه لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة

حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها لا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة

فصل وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك إنهم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا لأن فيه نظرا للجانبين يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون إبطالا وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لأنه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته وعن أبي يوسف أنه يجبر والأصح ما قلنا

كتاب العتاق

الإعتاق تصرف مندوب إليه قال عليه السلام أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه عليه الولي والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الإسناد إلى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح فيه وهو الاستحضار الذي بالوصف المذكور وهذا هو الحقيقة فيقتضي تحقق

الوصف فيه وأنه ثابت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك حر أو رقبتك حر أو بدنك حر أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقع والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى قال ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى

ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر وقد قالوا إذا نوى الإخبار فيما مضى كاذبا لا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى به الكذب لا يعتق ديانة ويعتق قضاء فكذا هاهنا مراد النحو بالتصريح
وبالنداء اللفظ الصريح يعني يا حر ويا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال
زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام
لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكر لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراما محضا ولو
قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن
إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في
قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد
دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا
أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه
وكذا لو قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير الابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر وإذا قال لغلام
لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أنه
كلام محال فيرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رحمه الله
أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في
المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز
في اللغة تجوزا أو لأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم
من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز
فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل
مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ
سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وإنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب
على العاقلة في سنتين فلا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية
لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق
بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في
كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من
غير واسطة ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية لما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي
فقد قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى

بالمسمى وهو معدوم فلا يعتق وقد حققناه في النكاح ولو قال لأمته أنت طالق أو بائن
أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق إذا نوى وكذا على هذا الخلاف
سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين
موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم
ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط
ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق
وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا أنه نوى
ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد
ملحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع
وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين
فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو
فوقه ولهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه وإذا قال لعبده أنت مثل الحر
لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما
أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة
ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق
لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا أو غيره والشافعي رحمه الله
يخالفنا في غيره لأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والا
الأخ وما يضاهيه نازل عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال ولهذا امتنع
التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يعتق فيه ولنا ما روينا ولأنه ملك قريبه قرابة
مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الأصل والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض
وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلما
أو كافرا في دار الإسلام لعموم العلة والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه
لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لأن العتق
فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب
على الأخ أيضا وهو قولهما حتى لا يجوز بيعه وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي

اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون
حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق
عبده لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف
القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين وعتق
المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من
قبل واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه
خلاف الشافعي رح وقد بيناه في الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه
التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق
لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو
مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتقت وعتق حملها تبعا لها اذ
هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة
ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم
نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس
بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام
المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة
وبدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيامه وقت العتق اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من
مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من
زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها
والمنافي متحقق والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد
الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية
والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب عتق البعض

يعتق بعضه واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه
عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق
وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق
كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق
الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد

والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك
لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي
الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية
لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب
ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا
لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فا
ثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد
بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق و
ان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما فان كان المعتق معسرا فالشريك
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي
حنيفة رح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق
على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما
بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني
قوله عم في الرجل الذي يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر
قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا
هبت الريح في ثوب انسان فالقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا كذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر
يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل
النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه
ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال
اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار
الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان

عليه بأداء نصيبه حيث يمتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق ونوعيه
والاستسعاء ولا بيعا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان
وقد كان له ذلك بالاستسعاء وكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن
الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعيه إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه
لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء
ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على
المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء
عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت
أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر
يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى
السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ما عيناه
قلنا إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع
بين القوي المزيل للمالكية والضعيف السالب لها فتحقق التجزي قال ولو شهد كل
واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا
أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد
منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق
فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء
كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار
والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد الشيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر
التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق
نصيب صاحبي عليه بإعتاقه والولاء له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى
العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار
الآخر والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما
يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما
موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره
إنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي عليه السعاية ولا يبرأ

ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد
عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه
وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم
يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى
أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء
على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة
كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن
بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق
أحد عبديه لا بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان وينبني التخريج فيه على
أن يسار المعتق يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين
كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما لأن المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك
المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم
فغلب المعلوم المجهول وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك
شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم و
كذا إذا ورثاه فالشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد وهذا عند أبي حنيفة
وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا سعى الابن
في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى
هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب
صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق فصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق
أحدهما نصيبه وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا و
دلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق
حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار
والإعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه
لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر
بملكه وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم الأب اشترى النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي
بالخيار إن شاء ضمن الأب لأنه ما رضي بإفساد نصيبه وإن شاء استسعى الابن في نصف

قيمته لاحتباس مالية نصيبه عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق لا
السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن
ان كان موسرا معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه
ما ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر
فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث
قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد كله للذي
دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عنده
خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان يتجزى عنده اقتصر على
نصيبه وقد افسد التدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر او
يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا
بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما
العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير
المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون ضمان معاوضة اذ هو الاصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل
من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مدبر فلهذا
فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا
والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين
والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على
هذا المقدار واذا لم يكن التدبير يتجزى عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه
لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق
لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر (قال) واذا كانت جارية بين رجلين
زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فانكر ذلك صاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند
عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل
عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا
اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب
المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رح

ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت من الخدمة ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك ولا سعاية ولا
يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب
وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما
فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان
ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها
في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما وهو دلالة التقوم وامتنع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية و
هذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنا على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد
الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي
حنيفة رح ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا
لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو
الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق
الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت
وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا
للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الآخر فقال
احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل
واحد من الآخرين عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في العبد
الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي
اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل واحد منهما النصف
غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل
فيتنصف بينهما غير ان الثابت يستحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني
في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة
ارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب
الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذا يصيب الداخل وهما يقولان

انه دائر بينهما وفيه التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لانحطاطه في النصف
بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا انحطاط للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال
فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان نجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع
فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان
فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان
نجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق
من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقين في كل واحد منهما فيعتق من الثابت
سهمان ويسعى في خمسة اسهم فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد
نجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم فصار جميع المال
ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه
قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت
حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق
من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير
ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا
اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق
وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع
ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه
تمليك وكذا اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما
لما نبين ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا
تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطء مستبقيا للملك في
الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة
لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها
على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل
في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان

لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة
صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على
الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما و
جارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل
واحدة منهما تعتق في حال دون حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط
والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت
الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام يرق
في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية
صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم
فان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا
فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة
بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق
الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول
المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا
القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان تكون في وصية استحسانا
ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق
احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف رح ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك ويجبر
بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى
العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة
من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في
مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط
فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا
في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي
حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم
الفرج فيشبه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج فاشبه الطلاق عنده على
ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته انه اعتق

عتق م
للجارية واذا كانت م
على رجل م

احد عبديه في مرض موته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث في الوصية ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر يدخل الحمل فيه تبعا لها ولو قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا بالحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المرتقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فان قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعروض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم عمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة فان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رح لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة

نظراً الى المقصود ولانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية
والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ
حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع
عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه
معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى
هذا يدور الفقه وتخرج المسائل ونظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول
الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفاً
اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على
المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان كلمة اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى
ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غداً على الف درهم
بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال
لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسألة
الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا
صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات
المولى من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً فيتعلق
العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضاً فصار كما اذا
اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان
من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد
بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية
بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى
فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل
فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك
على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال
لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط

اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل
ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على
قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني
تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه
ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط
في الوجه الاول [illegible] في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او
قد دبرتك فقد صار مدبراً لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق
عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه من ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة و
قال الشافعي رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات
وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا
يوهب ولا يورث ولا يباع وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد
الموت ولا سبب غيره ثم جعله سبباً في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت
ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان
الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين
مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى
زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال
كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى
ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك ثابت له
وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما
روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وان كان
على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته
وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة ولو علق التدبير بموته على صفة مثل
ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه

لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي وبخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف رح وعن محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها

المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام واذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير الامة ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في سعايتها لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بالنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور لانها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه

رفاه في الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الواطئ وهي غير ثابتة واذا وطئ الاب
جارية ابنه فجاءت بولده وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها
وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد
لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء
الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب وان كان الاب ميتا ثبت
من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته
لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه
لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين فصارت ام ولد له لان
الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ
هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد
ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت
شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت
مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شيء منه على ملك شريكه واذا ادعياه معا ثبت نسبه
منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب
من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد رضي الله عنهما ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح
في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به
احكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد
منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما
والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في
نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب
اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة
ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه من الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا

فادعاه ثبت نسبه منه

تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل
واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك
التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن
قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد
لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب
كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه
لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور فان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت
لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

الايمان ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين المنعقدة ويمين اللغو فالغموس هو
حلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من
حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا الاستغفار والتوبة وقال الشافعي رح فيها
الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا
فاشبه المعقودة ولنا انه كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط
فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو
متاخر متعلق باختيار مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما
يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته
الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان
وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه
فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد
وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم
لانه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره و
الناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله

قال ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط وكذا إن فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته فصلح ذكره حاملا أو مانعا

قال إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يمينا لأنه غير متعارف ولأنه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا رحمة الله لأن الحلف بها غير متعارف ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه أن يقول والنبي والقرآن أما لو قال أنا بريء منه يكون يمينا لأن التبري منه كفر

قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا إذا قال لله في المختار لأن الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به قال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من صفات الله وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف

هذه الآية مفسرة لقوله تعالى نشهد إنك لرسول الله

فينصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لأن عمر الله بقاء الله وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأن العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا إذا قال علي نذر أو علي نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل ولو قال إن فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخط الله فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما تجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة قال فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لإطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه وقال الشافعي رحمه الله يجزئه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض بخلاف الجرح لأنه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف

على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا فانه ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن
يمينه لقوله عم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر
عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا
حلف الكافر ثم حنث في حالة الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها
تعقد للتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم
على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رح لا كفارة
عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان
اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين
فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا كان او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من
الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على
الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا
مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع
اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل
فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ايلاء ولا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية
ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في
قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي
حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا
فعليه الوفاء به لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث
ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول
محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه
معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان
شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو
الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه
لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه
الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان
البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او
ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق
الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها
تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت
الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو
الصحيح قال ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند
العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء
وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار
فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا
او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله
بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله
بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو انهدم السقف وبقيت الحيطان
وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم
يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها
حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد
وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم فان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان
الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن خارجا من الدار قال ومن حلف لا يدخل هذه
الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان
الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج
الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا
اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار
وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان
قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث

لأن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء
الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وأهله
ومتاعه فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها
عرفا فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار
ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف لأنه لا
يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب
ثم قال أبو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبت بالكل
فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف رح يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال
محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن
وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر وإن انتقل إلى السكة أو إلى
المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا
آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا **باب اليمين في الخروج والركوب و**
الإتيان وغير ذلك **قال** ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه
حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ولو أخرجه
مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر ولو حمله برضاه لا بأمره لم يحنث في
الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج
إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج
قال ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد
مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث
حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف أن لا يذهب
إليها قيل هو كالإتيان وقيل كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال وإن
حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لأن
البر قبل ذلك مرجو **قال** ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة
الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان و
لم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه
وبين الله تعالى وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على

وأهله

المصر

لا بمجرد

على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نيته الأول ديانة
لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء أيضا لما بينا ثم قيل لا يصح لأنه خلاف الظاهر **قال** و
من حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه
حنث ولا بد من الإذن في كل خروج لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن وما وراءه داخل
في الحظر العام ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو
قال إلا أن آذن لك فأذن مرة واحدة لها ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث لأن
هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك ولو أرادت المرأة الخروج فقال
إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده
فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد أبو حنيفة بإظهاره
ووجهه أن مراد المتكلم الزجر عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الأيمان على العرف ولو قال
له رجل اجلس فتغد عندي فقال إن تغديت فعبدي حر فرجع إلى منزله فتغدى لم يحنث لأن
كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه بخلاف ما
إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا **قال** ومن حلف لا
يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة رح
إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده
وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لأن الملك فيه
للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفا وكذا شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله
مال فماله للبائع الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف
في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة وقال محمد يحنث وإن لم ينوه لاعتبار
حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده **باب اليمين في الأكل والشرب**
قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج
منه لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالخل والنبيذ
والدبس المطبوخ **قال** ولو حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا إذا حلف
لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لأن صفة الرطوبة
واليبوسة والبسورة داعية إلى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف
اليمين إلى ما يتخذ منه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما صار
شيخا حنث لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع ولأن

صفة الصبا داعية الى المرحمة لا الى الهجران فلا يعتبر ويتعلق اليمين بالاشارة ولو حلف
لا ياكل لحم هذا الحمل فاكله بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى
اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش قال ومن حلف لا ياكل بسرا
فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او لا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي
حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان
الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون
آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل
الكثير قال ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء
يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا
فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة
فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك
لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية
لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء فان اكل لحم خنزير او انسان يحنث
لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه
لحم حقيقي فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يعد لحما قال لا ياكل
شحما او لا يشتري لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة لانه ينشأ
من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه
في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال
ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانها نوع ثالث حتى لا
يستعمل استعمال اللحوم والشحوم قال ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها
ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه
عرفا ولابي حنيفة رح ان لها حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على
المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف
لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله حنث في الخبز ايضا ولو حلف ان لا ياكل من
هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه
كما هو لم يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر

اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف
لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث
لانه غير متعارف عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث قال
ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق
الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على
ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من
مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا قال ومن حلف لا ياكل الرؤوس
فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند
ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمانه
فيهما وفي زمانهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر
قال واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم
يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في
العنب والرمان والرطب ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام
وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه
به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها
وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب
والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم
بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب
قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من
الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح
ادام وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل
ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا
والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة
في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل
بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده
الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا حلف

لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف
الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث
والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون
اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت
شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما
يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست
ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط
فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب
من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب منها
باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة
ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا
يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط
فصار كما اذا شرب من ماء نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز
اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم
يحنث عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين
وبقائها التصور عندهما خلافا لابي يوسف رح لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن
ايجابه وله انه يمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة
قلنا لا بد من تصور الاصل لتنعقد في حق الخلف ولهذا لا تنعقد الغموس موجبا للكفارة
ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رح
يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف رح فرق بين
المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت
فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما
فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد
عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر
في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل

ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة
الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد
اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث
مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء
فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه
ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشائخنا لانه اذا لم ينتبه
كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه
فاذن له ولم يعلم باذنه حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام
او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح لا يحنث
لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا
كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر
لتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما
اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به
وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرا القرآن في صلوته لم يحنث وان قرا
في غير صلوته حنث وعلى هذا التهليل والتكبير والتسبيح وفي القياس يحنث فيهما وهو
قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا ان القراءة في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا
قال عليه الصلوة والسلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا
لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل يسمى قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا
فامراته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في
القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف
ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة
وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان

او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه
قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين
باقية قبل الغاية ومنتهية بعده فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان
سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رح لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم
يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن
حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان
عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع
في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة النسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله
عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمراة والصديق
قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط
دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل
ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان
كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان بعينها او صديق فلان
بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح و
قال محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه
فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة
ابلغ منها لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ولهما
ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها
وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا
كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة
للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف
لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان
الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم
هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في
الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل** ومن حلف لا
يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل

القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون الاية وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل
اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين
الاية وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع
فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرناه
وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد
وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه **قال** وكذا
الدهر عند ابي يوسف رح ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو
وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا
لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى
واحد وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف
استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر
منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي
حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع **قال** ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة
اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرناه لانه يدور عليها وله انه
جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في
الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان
خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله
اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية
ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع والله اعلم واحكم بالصواب

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا
قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به
في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له
فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم
اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق
بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وله
انه مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية

تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا جميعا لانها تحققت من الكل ومن قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه الصلوة والسلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه قال ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها حيث يجزيه عنها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية قال ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية قال ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالث على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن قال حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده قال ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل فيها سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنذكر الفرق ان شاء الله تعالى قال ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا

فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء. قال ومن حلف لا
يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة الضرب عائدة الى الولد وهو
التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار عائدة
الى الآمر فيضاف الفعل اليه. ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس
المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع
فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا
قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره
علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به
وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل و
الشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم في الوجهين. قال ومن قال هذا
العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط
قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصل ابي حنيفة ظاهر وكذا على اصلهما
لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا.
قال ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت
امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع. واذا قالت المرأة لزوجها
تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد
به. ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها
حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه
تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة
ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج
والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب
واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى
فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او
الى الصفا او الى المروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في قوله علي المشي الى الحرم
حجة او عمرة ولو قال علي المشي الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما
ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما
منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار
حقيقة اللفظ فامتنع اصلا. قال ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت
وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف
وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته
انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج العام غاية الامر ان هذا النفي
مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا. قال ومن حلف لا يصوم
فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن
المفطرات على قصد التقرب الى الله تعالى ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه
يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانتهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة.
قال ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث
والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة
عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك
ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة
المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه
فهو هدي عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى
الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او
مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان
غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه
ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا. ومن
حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح
استعماله للرجال والتختم به للختم بالقصد وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا
لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث

لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن في قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وله انه
لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى
بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام
حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء
لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول قال ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او
حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع
فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا
عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن
والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذا الكسوة
لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي
به الستر وقيل في الفارسية ينصرف الى اللبس قال وكذا الكلام والدخول لان المقصود
من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار
قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها
او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى
ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث
لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث بالعجز العادي و
لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على
الاختلاف وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو
اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد
العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح فلا يرتفع

فلا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس
الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم قال وان باعه بها عبدا وقبضه
بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكأنه شرط القبض
ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط
من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه
لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف
القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه
في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر
قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه قال ومن قال ان
كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود
منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك اذا
قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا
حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان
حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين
اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته
او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على
حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال
سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية قال ومن حلف ان
يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه
تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود
اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين قال و
من حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه
بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على
الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله تعالى اعلم

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى
حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه

ثم المحكوم به اما حقوق الله تعالى المراد بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص باحد فينسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه والا فباعتبار التخليق الكل سواء في الاضافة الى الله تعالى ولله ما في السموات وما في الارض وباعتبار التضرر والانتفاع هو متعال عن الكل ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير ولم يوجد قسم اخر اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد على التساوي في اعتبار الشارع اما حقوق الله فثمانية عبادات خالصة كالايمان وعقوبات كاملة كالحدود وقاصرة كحرمان الميراث وحقوق دائرة بين الامرين كالكفارات وعبادة فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر ومؤنة فيها العبادة كالعشر ومؤنة فيها شبهة العقوبة كالخراج وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم وذلك بحكم الاستقراء. تلويح

والطهرة ليست

الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال
يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان
الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر
فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله
تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام
للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط
الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده فاذا شهدوا سألهم
الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام
استفسر ماعزا رضي الله عنه عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير
الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة
لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء قال فاذا
بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في
السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال
عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح
وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى
يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال و
الاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر
كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد و
اشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا
لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا ان
ماعزا فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر
دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختص فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار
اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد
المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر
اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه
ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لان النبي عليه الصلوة والسلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى

حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو و
كيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء
بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله عن الزمان جاز لجواز انه زنى في صباه
وان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد عليه او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله و
قال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب بالشهادة وصار كحد القذف و
القصاص ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق والكذب كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق
الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا
كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك
لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان
يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى فصل
في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه
السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا
اجماع الصحابة رض ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا
روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في
بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا تشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما
يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من
الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط
وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا قال ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه
السلام على الغامدية بعدما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال
يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته
والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار
وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد
ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف

العورة فيستره ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر
لا متلف قال إلا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير
ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شيء منها
بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال أبو يوسف رح يضرب الرأس أيضا رجع إليه و
إنما يضرب سوطا لقول أبي بكر رض اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا قلنا تأويله أنه قال ذلك
فيمن أبيح قتله ويقال إنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والإهلاك فيه مستحق ويضرب في
الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا
ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على
الأرض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده
بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق فإن كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت الآية في الإماء ولأن الرق منصف للنعمة
فيكون منصفا للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك
سواء لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا تنزع من ثيابها إلا الفرو والحشو لأن في تجريدها كشف
العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان
وتضرب جالسة لما روينا ولأنه أستر لها وإن حفر لها في الرجم جاز لأن النبي عليه الصلاة والسلام
حفر للغامدية إلى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وإن ترك لا يضره لأنه عليه السلام
لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا
قال ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام ما حفر لماعز ولأن مبنى الإقامة على التشهير في
الرجال والربط والإمساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي
له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه
الإمام فصار كالتعزير ولنا قوله عم أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود ولأن الحد حق الله تعالى لأن
المقصد منه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب
عن الشرع وهو الإمام أو نائبه بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه
فيه قال وإحصان الرجم أن يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل
بها وهما على صفة الإحصان فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونهما
وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه
الأشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف العلم والشرف

لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح
الصحيح ممكن من الوطء الحلال والإصابة شبع بالحلال والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة
فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط
الإسلام وكذا أبو يوسف رح في رواية لهما ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا
كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر
في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى
لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا إذا كان الزوج موصوفا
بإحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة
المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف
مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف رح يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما رويناه وقوله عليه السلام
لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في
المحصن بين الجلد والرجم لأنه عليه السلام لم يجمع ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن
زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر
بين الجلد والنفي حدا والشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة جعل الجلد كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور ولأن في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة
وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ
كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه
قال إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لأنه قد
يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض
وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن كان
حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد
وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد إذ هو نفس محترمة وإن
كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض
فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة
أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد

عن الصحيح وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي الى ان
يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان
الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس **باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه**
قال الوطي الذي يوجب الحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل
المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري
عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في
الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وهي شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه
لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولابد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام
الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لا
لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان
ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر
عليه ولا كذلك الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته
والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها
وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب
الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن وفي هذه المواضع لا حد
اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في
ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم
والمجعولة مهرا والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة
في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها
علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم
به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان
شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا فنقول **قال** ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية
وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه
خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان
اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد
اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة

بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك
بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في
سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك **قال** ولا حد على
من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية
لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة
قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه **قال** واذا
وطي جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه
وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطي جارية مولاه لان بين هؤلاء
انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان
الفعل واحد وان وطي جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا **قال** ومن زفت اليه
غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رض
بالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين
امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي
يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة **قال** ومن وجد امرأة في فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام
على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره
الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل
قال ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقالا عليه الحد اذا كان عالما
بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رح ان العقد
صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة
للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة
حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة

حقيقة

وليس فيه حد مقدر فيعزر قال ومن اتى امراة في موضع مكروه او عمل عمل
قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا
هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رح وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عم
اقتلوا الفاعل والمفعول به ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى
الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار و
هدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى
الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام
الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة
او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه قال ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه
لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل
عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي
يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب قال و
من زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي
يحد لانه التزم بالاسلام احكامه اين ما كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام الحدود في
دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب
عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة قال ومن
غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره
لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي
دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح
ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني اذا زنى ذمي بحربية فاما اذا
زنى حربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف
يحدون كلهم وهذا قوله الآخر لابي يوسف رح ان المستأمن التزم احكامنا مدة
مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف و
يقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجته كا
لتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب قال ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه

لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم واما حد الزنا
حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما
نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما
الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين
البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح ان فعل المستأمن من زنا لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد
بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد
المطاوعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح لا تحد قال واذا زنى الصبي والمجنون بامرأة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر رح والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية
عن ابي يوسف رح وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع
لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما
مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا
وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم
الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من
قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه
الصفة فلا يناط به الحد قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا يحد وهو قول زفر رح لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة
وذلك دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا
كما في النائم فاورث شبهة قال فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المعتبر خوف الهلاك وانه
يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان او بجماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه
لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح قال ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة
انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه
وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق والكذب وهو يقوم بالطرفين
فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع قال ومن زنى
بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد

بحكمه

منها كله وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا
اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه
كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولنا انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم
ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك
يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب
عينيها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك ثبت في الجثة العمياء فاورث شبهة قال
وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق
العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال
منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب
خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى
تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رح هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين
ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر
فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير
لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه
فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم
فيها مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى
فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص
حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة
في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان
يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد
القضاء عندنا خلافا لزفر رح حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا
يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار

في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك
وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة
شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما ياتي في بابه ان شاء
الله تعالى قال واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط
في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم قال وان شهدوا
انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه
لا يخفى عليه امته وامراته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها
طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا رح يحد الرجل
خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان
طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه
لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط
الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في
ذلك قال وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة واخران انه زنى بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على
كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رح لشبهة الاتحاد نظرا الى
اتحاد الصورة والمراة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة معناه ان يشهد كل اثنين
على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او
لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب
ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع
الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين و
اما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق قال وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي
بكر درئ الحد عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسالة ان النساء نظرن
اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه ولهذا يسقط الحد

عنهما ولا يجب عليهم وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو
أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال
فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء فلم يثبت
شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق
لم يحدوا لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق و
لهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الأداء
لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي
بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الأداء والشهادة فهو كالعبد عنده قال وإن
نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج
الشهادة عن القذف باعتبارها وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم
ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فإنهم يحدون لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة
وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وإن رجم فديته على بيت المال وهذا
عند أبي حنيفة وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال قال العبد الضعيف إذا كان جرحه
وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما
يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع
فينتظم الجارح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على
بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار
كالرجم والقصاص ولأبي حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا
مهلك ولا يقع جارحا إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه إلا أنه لا يجب
الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة قال وإن شهد أربعة
على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيه من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها فإن جاء
الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضا معناه شهدوا على ذلك
الزنا بعينه لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة
إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد عن
المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه وإذا شهد أربعة على رجل
بالزنا فرجم فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من
يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على أصله

تأمل

الحكم في شهود القصاص وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا
الثلاثة وقال زفر لا يحد الراجع لأنه إن كان قاذفا فقد بطل بالموت وإن كان
قاذف حي فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة إنما تنقلب
قذفا بالرجوع لأن به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما
يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محكوم
في حق غيره لقيام القضاء في حقه قال فإن لم يحد المشهود حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط
الحد عن المشهود عليه وقال محمد يحد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا
تنفسخ إلا في حق الراجع كما إذا رجع بعد الإمضاء ولهما أن الإمضاء من القضاء
فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع
واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدق على غيره
ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به فإذا لم يتصل بقي
قذفا فيحدون فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل
الحق وهو شهادة الأربعة فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية أما الحد فلما ذكرنا وأما
الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع قال وإن
شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند
أبي حنيفة رحمه الله معناه إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت
المال وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ولهما أنهم أثنوا على الشهود
خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا على إحصانه وله أن الشهادة
إنما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف
الإحصان لأنه محض الشرط ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا
إذا أخبروا بالحرية والإسلام أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لأن العبد قد
يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف
لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر
القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية في ماله وفي القياس يجب
القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت
القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة
بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم

شهود

وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد قال وتجب في بيت المال
لانه وجب بفعل القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل
امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا
بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا
النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب و
القابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم
معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبوت النسب منه حكم
بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت
منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي رح
مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في
معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة
النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم
انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها
مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه
الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه
يتضرر به المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به وهو سكران فشهد الشهود عليه
بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت
ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد
وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما
وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده
اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخر يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما
قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما
يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام
الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره

الرائحة

اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة
لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود
رضي الله عنهما وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه قال وان اخذه الشهود و
ريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان
ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم
في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر
من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق ان شاء الله تعالى قال ولا
حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع على اكراه
او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه
السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض
يفرق على اعضائه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رح انه لا
يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا
قال وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر
بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين
ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير
الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع
الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا
يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه
يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه
التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح
المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رح يعتبر ظهور اثره في مشيته
وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران
باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر

يقرّ فانه ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حدّه
الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين
جلدة الآية علّة انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي
النص اشارة اليه وهو اشتراط الاربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف
لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على
اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد
الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا
جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل
الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب اي الحرائر واما العقل والبلوغ فلان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا
منهما واما الاسلام فلقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا
القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد
وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني
لا عن غيره قال ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد
ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبابا وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي
مشابهته اباه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه
ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب
الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من
يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث
عنده على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه
ولهذا يثبت عندنا للمحروم ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله واذا كان المقذوف
محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله
معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى
ولنا انه عيّره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع

فعل

فانه م

ايضا م

عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله

ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق
بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في
المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة المسلمة ولا للابن ان يطالب
بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه و
لهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق
السبب وانعدام المانع قال ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف
وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود
من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام
فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار
حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه
فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ
الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف
عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري
وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق
العبد وخرّج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل
رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى
لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم
الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا قال ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء
فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به
لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد
من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عما
له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال
عنيت صعود الجبل حُدّ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز
منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا

فن م

الصفاء رث

الصعود

الصعود

من زنأ

ولنا انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز و
حالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانئ او قال زنأت وذكر
الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل
قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت
حدا لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في
الاول مذكورا في الثاني ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان
لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان
لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى
الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك
في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب عليها الحد دون اللعان
لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني
ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون
الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا قال ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن
لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد
لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد
القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان والولد
ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون
الولد قال وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه
لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد
والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة
ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه
الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات
العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ
وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره
يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك
والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون الحرمة ثابتة مؤبدة
بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد وبيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه

وبين آخر فلا حد عليه لان الحرمة لانعدام الملك من وجه وكذلك اذا قذف امرأة
زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف
رجلا اتى امته المجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك
وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطء المكاتبة يسقط
الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء
ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته
وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح قال ولو قذف مكاتبا ومات ثم
وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف
مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج
المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل
الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق
العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجبه اذا آذاه
قال واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رحمه الله
تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته
على اهل الذمة وان تاب لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت
شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل
تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا
شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته لانه شهادة له اصلا في حال
الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده قال فان ضرب سوطا
متمم له
في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون
رد به
صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن قذف او زنى
او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد
حقا لله تعالى الانزجار وكان المقصود واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات
المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان
المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه
عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف او المقذوف

به وهو الزنا لا يبدأ فيه لأن المغلب فيه حق العبد والله أعلم

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر لأنه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق لأنه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي إلى الإمام ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لأنه يعد سبا وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك وإن كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف رح يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والأصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فإذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة رح ومحمد رح نظرا إلى الأدنى حدا وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف رح اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رح وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رح أن أدناه على ما يراه الإمام يقدره بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف رح أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفي به فجاز أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير قال وأشد الضرب التعزير لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لأنه مطلق فيه والإطلاقات

يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

قال السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى إلا من استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما نبينه إن شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والأصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر في الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم له أن القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والأخذ بالأقل وهو المتيقن به أولى غير أن الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهذا ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال والحر والعبد في القطع سواء لأن النص لم يفصل ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس وقال أبو يوسف رح لا يقطع إلا بإقراره مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة كذا اعتبرنا بالزنا ولهما

ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة
لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع فى
حق المال لا ينفع اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة فى الزنا بخلاف القياس فيقتصر على
مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق وينبغى ان
يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما فى الحدود ويحبسه
الى ان يسال عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد
منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قال ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك
والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها قالت كانت اليد
لا تقطع على عهد رسول الله فى الشىء التافه اى الحقير وما يوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته غير
مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فلا
حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان
الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة
العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل فى السمك المالح
والطرى وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع فى الطير وعن
ابى يوسف انه يجب القطع فى كل شىء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى رح والحجة
عليهما ما ذكرنا قال ولا قطع فيما يسرع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله
عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودى وقال عليه السلام لا قطع فى الطعام
والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمر لانه يقطع فى الحنطة والسكر
اجماعا وقال الشافعى رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران
قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه
القطع قال ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد لعدم الاحراز ولا
يقطع فى الاشربة المطربة لان السارق يتاول فى تناولها الاراقة ولان البعض ليس بمال وفى
مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا فى الطنبور لانه من المعازف
ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعى رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه
وعن ابى يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف

المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول فى اخذه القراءة والنظر فيه ولانه
لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع
ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع فى ابواب
المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز
بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب
ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه
التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابى يوسف رح ان الصليب
المصلى لا يقطع لكمال المالية قال ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى
لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتاول فى اخذ الصبى اسكاته او حمله الى مرضعته
وقال ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده
فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف فى الصبى الذى لا
يمشى ولا يتكلم كيلا يكون فى يد نفسه قال ولا قطع فى سرقة العبد الكبير لانه غصب او
خداع ويقطع فى سرقة العبد الصغير لتحقق حدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ
سواء فى اعتبار يده وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم
استحسانا لانه آدمى من وجه ومال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او
بعرضية ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع فى الدفاتر كلها لان
المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا فى دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ
فكان المقصود هو الكواغذ قال ولا فى سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها
يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى ماليته
فاورث شبهة قال ولا قطع فى سرقة الدف والطبل والبربط والمزمار لان عندهما لا قيمة
لها وعند ابى حنيفة رح آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس
والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام
ويقطع فى الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لان هذه الاشياء من اعز الاموال و
انفسها ولا توجد مباحة الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب
والفضة قال واذا اتخذ من الخشب اوان او ابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق
بالاموال النفيسة الا ترى انه يحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى
يبسط فى غير الحرز وفى الحصير البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على

كان فى ... لعدم الحرز وان كان فى بيت آخر يقطع

على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله
لان الثقيل لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب
ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن
قال ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي عليه
القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما
قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه
لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار
لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان
كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة
وفيه الميت لما قلنا قال ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا
من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء
لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة
على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه
او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى
لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق
منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن
سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل
ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم
اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد
ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا
الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف
باختلاف سببه ولان تكرار الجناية فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود
وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت
عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت — فيه ورده
ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة

الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا **فصل في الحرز** و
والاخذ منه قال ومن سرق من ابويه او ذي رحم محرم منه لم يقطع — او ولده
فالاول وهو الولاد للمبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني
ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه
عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه يلحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه
في العتاق ومن سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق
ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه ومن سرق من امه من الرضاع قطع
وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف
الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية
بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت
من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتبه فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب — يشتهر
قال واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امراة سيده
او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين
من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي لتبسوطة بينهما في الاموال
عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة قال ولو سرق المولى من مكاتبه لم
يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور
عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت و
حرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون — بالحايط
بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق و
الحانوت وقد يكون بالحافظ وهو الصحيح كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه
فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلعم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في
المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت
وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد
الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ
حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين
ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده وهو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه
حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير فيه لانه ليس بتضييع بخلاف ما

في الفتاوى قال ومن سرق شيئاً من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه
قطع لانه سرق مالاً محرزاً باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت أذن
للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في
ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلاً لانها بنيت لاحراز الاموال
وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ
لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن
للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الاحراز
بالحافظ قال ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزاً
في حقه لكونه ماذوناً في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت
فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة
باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق
فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج
البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال
قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن
ابي يوسف رح ان اخرج الداخل يده وناوله الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل
الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا
ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج واخذه قطع وقال زفر رح لا يقطع لان
الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره
ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب
الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً وان خرج
ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره
مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعاً قال رضي الله
عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رح لان الاخراج وجد
منه فتمت السرقة ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى
وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع

القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئاً لم يقطع
وعن ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط
الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز
يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول
هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم
من حمل البعض المتاع [illegible] قال وان طر صرة خارجة
من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر
يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من
الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس
العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز
هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق
من القطار بعيراً او حملاً لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق
والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان
مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل
هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان
سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في
موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه وهذا
لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة وكذا النوم
بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر بعض المشائخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون
حافظاً له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد
الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا
المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع
السارق من الزند وحسمه لقوله عم فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم تحسم يفضي الى
التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثاً لم
يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضاً ذكره المشائخ رح وقال الشافعي رح في
في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه

فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان
الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي كرم الله وجهه
اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية
الصحابة رضوان الله عليهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة
والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى
ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل
اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا
او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة
او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة
سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف
فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش قال واذا قال
الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا
لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رح يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ
هو الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة
والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين
والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم فلا
يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي
حنيفة رح انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله
بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح قال ولو اخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه
ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا
يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق
بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي رح في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا
بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع
والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب
منه وقال زفر والشافعي رح لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير
والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة

واما الخطأ ه

سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا الراهن انما يقطع بخصومته
حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بدونه وللشافعي رح بناء على اصله
لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رح يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة
الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ
الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط
العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب
المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة
قال وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان
يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان
بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته
اذ الرد واجب عليه قال ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ
القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار
كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن
ابي يوسف رح يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة
لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فيبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في
سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال
زفر والشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا
وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان
الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة
عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر
والشافعي رح اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا
يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل
النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا

ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه ان شهدا
بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب
الحد ولنا ان الشبهة دارئة ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قاله بدليل صحة
الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع
عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة
فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي
حنيفة رح الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة
وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث
الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة
عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى و
معناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد
ماذونا له يقطع في الوجوه كلها وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده
ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك
مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة
اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رح
في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا
قطع على العبد في سرقته يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل
في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا
ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على
المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين
الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا
فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع

للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر
لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو
صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق
والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم
يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رح
عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن رضي الله عنه انه يضمن بالاستهلاك
قال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع
حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار
كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم
على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان
مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو
المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة
فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك
لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون
غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط
العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة
قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي
حنيفة رح وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسألة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا
وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب
عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع
القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى
الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب
الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في
البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم
قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش
فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع وله ان

الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد وما هذا حاله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع معيبا باعه
بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين
النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله فيما اذا
كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس
له اختيار تضمين القيمة فان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم و
لا قطع فيه **قال** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او
دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا
له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع
وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع
فيه ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح
يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا
قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا
يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون
على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة
ومعنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه
في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح هذا والاول سواء
لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق
المالك رح وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال اذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق
فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة فان اخذوا
مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا
ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله

ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة وهذه الثلاثة
المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى لان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق
تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع
شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان
المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال
مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط
كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى
والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون
حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا
واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم
وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية
واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة
والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على
التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا وان كانا في
الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب
وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير
ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب
حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي رحمهما الله انه يقتل ثم
يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع
وهو المقصود به **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به
وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل
الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه
اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم
لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا
اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق **قال** والقتل وان كان بعصا
او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع
ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذ

للاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان
اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى
سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعدما تاب وقد قتل عمدا فان
شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة
للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد
في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه
وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين
فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رح انه لو باشر
العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في
مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى وله انه جناية واحدة قامت
بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار
كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم
والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه والامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق
الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه
اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء
لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة
الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع
الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس
يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا
كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا
او بما يقتل فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان
قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا
انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو
قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بيناه ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي
حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق
في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير
النبي عليه السلام في المغازي قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط
عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد
به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله
ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة
ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال
الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ
يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد
واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض
على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان
الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا
اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن
زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر
في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا
فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر
ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا باس بان
يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام
اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي
الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

قال واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال
فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء
الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه
الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم
الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان
بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية

ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد
بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم قال ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة
الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا
اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي
الذراري فلعلهم يجيبون فتكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة
لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان
يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على
بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق و
الغارة لا يكون بدعوة فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث
سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا ذلك
فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان
به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف و
حرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم
لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا
ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة
الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره
لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون
بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبني على اتلاف الانفس فيمتنع حذار
الضمان قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما
يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن
عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو
ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر
عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة
واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف

وقرابتهم

على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا
بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها والعبد الا باذن سيده
لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا
لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض
العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة
ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي
يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي
عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى عليه السلام امرأة مقتولة قال هاه ما كانت
هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة
ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح
حقيقة ولا يقتل مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه
الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل
اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه
بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود
يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان
مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله لما
بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس
به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية
على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين
لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد
عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض
الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة
لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن
الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى

جيشهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان
بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك
باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم
فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا
المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى قال وان راى الامام
موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال
فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ
من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية
اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذ المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى
واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير
قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرد
عليهم لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف
الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب و
لا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم
على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد
الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام
والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم
ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافا دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق
الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان
لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما
اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد
من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا
كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا قال ولا يجوز امان

امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم
لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهم يجبران عليه
فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا
ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان
العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي
وابي يوسف رحمهما الله معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد في ذلك قوله عليه السلام امان العبد امان
رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤثر
من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به
والتاثير اعزاز الدين به واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك
المسايفة لانه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة انه محجور عن
القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون في القتال لان
الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن
احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وهو في سد
باب الاستغنام بخلاف الماذون له لانه رضي والخطا نادر لمباشرة القتال وبخلاف المعبر
لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم
ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان
وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له فالاصح انه يصح بالاتفاق والله تعالى اعلم

باب الغنائم وقسمتها

قال واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين
كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم وعلى اراضيهم الخراج كذلك
فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك
قدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة
في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع
فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل
يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل
والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة
والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا

وان منّ عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج
عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان
فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم
احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز
ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه
وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول
الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة
لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان
ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ياخذه
منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم
لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم
اي على الاسارى خلافا للشافعي رح فانه يقول منّ رسول الله عم على بعض الاسارى يوم بدر
ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود
ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رح
يتركها لانه عم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض
اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة ويحرق الاسلحة ايضا وما
لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم قال ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رح لا بأس بذلك واصله ان الملك
للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة
من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على
مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عم
نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده

اثبات اليد

ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد
لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رح الافضل ان يقسم في دار
الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا ينقطع
عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في
السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره
لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم
فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق
المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر فينقطع حق شركة
المدد في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة
لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على
قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رض او تأويله
ان يشهد على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين
الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رض هكذا ذكر
في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في
المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال
فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه
ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في
رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب
لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا
حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري
في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات بعد استقرار الهزيمة
يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا بأس بان يعلف العسكر في
دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رض ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد
شرطها في رواية ولم يشترطها في اخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما

بعده

الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم
يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره
مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل
الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح
والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي
بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك
ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح
وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك لما
قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه
بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة
لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة
للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب
والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء
متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج
واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا
احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم
منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده
الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال فهو له ولانه
سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة
محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار
كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن
في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح آخرا وفي قول محمد رح
وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت
على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام
وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها
فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عنده
واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد

على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا
كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي
حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح
الجامع الصغير قول ابي يوسف رح مع قول محمد رح لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة
باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام
الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره
وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست النفس في
يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا
ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث
نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى
الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا
ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا
بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في
حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم
ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام
القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه فصل في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة
فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين
لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح وقالا
للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عم اسهم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه ثلاثة امثال الراجل لانه
للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رح ما روى ابن عباس ان النبي
عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عم
للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر ان النبي عم قسم للفارس
سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس
واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار
الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس و
للراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف

ابي حنيفة رح

وغناؤه

بسهم لفرسين لما روي ان النبي عم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى
الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله عم الا لفرس واحد ولان القتال
لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد
ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو
راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين
والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والكر اقوى فالبرذون اصبر
والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه
استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي
على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان
والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر
والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان
الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان
المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف
على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة
مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة
فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق
ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام
على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ
لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان
البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي
ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم كان لا يسهم للنساء و
الصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة
يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والصبي والمرأة عاجزان عنه
ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على

القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى
عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة
يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع
من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا
قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في
الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من
عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى
وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا
يدفع الى اغنيائهم شيء وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى
ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على
ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة
الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه
المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لن يزالوا معي
هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ان المراد من النص قرب النصرة
لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي
عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي
شيء كان النبي عم يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح
يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي عم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي
وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى
الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي
ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون
في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام
فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس
وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس
لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخل جماعة لها

منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة و
لأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد
والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة
القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت
لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى يا أيها النبي
حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره إلا
أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل فإن فعله مع السرية جاز
لأن التصرف إليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن حق الغير قد تأكد
فيه بالإحراز قال إلا من الخمس لأنه لا حق للغانمين في الخمس فإذا لم يجعل السلب للقاتل
فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي رح السلب للقاتل إذا
كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر أنه نصب شرع
لأنه بعث له ولأن القاتل مقبلا أكثر عناء فيختص بسلبه إظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه
مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن أبي سلمة
ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك وما رواه يحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رو
وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه
وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا
ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين
فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي
له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد رح له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة
في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

قال وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء
قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده
من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وقال
الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما
عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا

لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة
تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا
يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا
صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل قال
فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة
أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك
بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان
له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه
بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وإن دخل
دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه
بالثمن الذي اشتراه وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه دفع العوض بمقابلته
فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه
بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل
القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه
لما بينا وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال وإن أسروا عبدا فاشتراه
رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي
أخذ به من العدو أما الأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه
بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف
الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء
فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما هاهنا الملك صحيح قال فإن أسروا
عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل
آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه و
للمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء
لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول
أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته قال ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات
أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الملك في محل
المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه

بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم من قبلنا ، واذا ابق عبد
لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام
يده لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك
بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت
الملك لهم عند ابي حنيفة رح ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى
او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه
اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر
عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه
ياخذه بالثمن ان شاء ، فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك
كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع
بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن اعتبارا لحالة الاجتماع
بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة
بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة
ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين
في دار الحرب **قال** واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو
حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف
اسلموا وخرجوا الى رسول الله عم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه
بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من
اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد
ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستامن

قال واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من
دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذوا اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم

هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا
فان غدر بهم يعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه
حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع
انعقاد السبب على ما بيناه **قال** واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه
حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما
على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا
ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك
في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا
غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا
مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا
انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب
حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما
الامر بالرد فمراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد **قال**
اذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في
ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز
بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه
الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما
تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما الآخر او قتل
مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رح وقالا في الاسيرين
الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما
بينا وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رح ان بالاسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل
به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة
في العمد عندنا **فصل** واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة
ويقول له الامام ان اقمت في دارنا تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي

لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق
المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد
باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان
رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه
لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في
ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقال الامام يصير ذميا لما قلنا
ثم لا يترك بعده ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية
وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج
فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار
ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج
الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب واذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع
فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه قال واذا دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي فتزوج ذمية لم يصر ذميا
لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان
ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا
بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت
ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا
تبعا لنفسه اما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه
اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية
ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه ع م اخذ الجزية وكذا
عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من
غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى
استحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي

الينا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار واولاد كبار ومال اودع بعضه
ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة واولا
ده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما
قلنا من قبل واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده و
تحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف
الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار
مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال
اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واو
لاده الكبار فلما بينا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة
واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء
عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق
دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها
المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا
فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة
مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره و
لان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة
التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر
الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس
فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك
في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهم الانتقال اليها قال ومن قتل مسلما خطأ لا
ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة
لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق
الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان
النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال ع م السلطان
ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو
القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على

قال وليس له أن يعفو لأن فيه حق العامة والولاية نظرية وليس في النظر إسقاط حقهم من غير عوض والله تعالى أعلم

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام
والسواد أرض خراج وهي ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان
لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا
يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها كفارا كما
في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد
وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع
الخراج على الشام قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام
إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة
لأهلها وقد قدمناه من قبل وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض
عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث
يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة
إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة
وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير وكل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء
الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر
يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج ومن أحيا أرضا مواتا
فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وإن كانت
من حيز أرض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطى له
حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب
من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة
وضعوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم وقال محمد إن أحياها ببئر حفرها أو بعين
استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية وكذا
إن أحياها بماء السماء وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك و
نهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف
الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال والخراج
الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو صاع ودرهم

ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة
دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد
العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع
على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا منهم ولأن المؤن
متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة
تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها
قال وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها
بحسب الطاقة لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها
فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لأن
التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض
يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها و
ترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان قال فإن
لم تطق ما وضع عليها نقصها الإمام والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ألا ترى أن
قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت
وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان
وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة قال وإن غلب على
أرض الخراج الماء أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لأنه فات التمكن من
الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري
في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند
خروج الخارج قال وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتا وهو
الذي فوته قالوا من انتقل إلى أخس الأمرين من غير علة فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع
الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ومن أسلم من أهل
الخراج أخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه
على المسلم ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد
صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ
الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما
لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام

لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بالإجماع
حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان
لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في
العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع
أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر
لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج

باب في الجزية

قال وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه
الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي
فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على
الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما
يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين
وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على
كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه
خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن
القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم
الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين و
الأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا
لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا
ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس
لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس
قال وعبدة الأوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول إن القتال
واجب لقوله تعالى وقاتلوهم إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس
بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل
واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في
كسبه وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على
عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن
النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه كفر

الاتفاق م

بربه بعدما هدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة
في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا وإذا ظهر عليهم فنساؤهم و
صبيانهم فيء لأن أبا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين
الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلا عن
القتل أو القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية قال ولا زمن ولا أعمى
وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في
الجملة إذا كان له رأي قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له إطلاق حديث
معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولأن
خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا
توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة
بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة
رحمه الله أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم
أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم
أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل ولا بد أن
يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في أكثر السنة قال ومن أسلم وعليه جزية سقطت
عنه وكذا إذا مات كافرا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى
وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم
العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت
جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ولأن شرع
العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ولأنها وجبت بدلا
عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي
يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى قال وإن اجتمعت
عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة
وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ
منه وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك إن مات في بعض السنة أما
الموت فقد ذكرناه وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق

وهو قول الشافعي رح

لنا انه في خلافته ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى
وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي
حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه
في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ
بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت
كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا في المستقبل لا في الماضي
لان القتال انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان
الماضي وقعت الغنية عنه ثم قوله تداخلت جزيته في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى قالوا معنى
المجيء المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند
البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء
والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان
ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه
في اوله والله اعلم **فصـــل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء
في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيعة والكنائس القديمة اعادوها
لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها
لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت
لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا
يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي
ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب **قال**
ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل و
لا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج
التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين
لان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل
معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده
في وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا
في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة

يكلف
يهزه
لكن
لا يعملون

بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا
في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت **قال** و
يمنعون من لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع عن الجزية او قتل مسلما او سب
النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام
الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه
فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا
يمنعه فالطارئ لا يرفعه **قال** ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع
فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا
نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا
في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصـــل** ونصارى بني تغلب يؤخذ
من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة
ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب على النساء
دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه
جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا
جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح
المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها **قال** ويوضع
على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عليه السلام
مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى
لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات
تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان
الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا
لانه صيانة لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج
ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم
ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير
قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا
كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال **قال** ومن مات في نصف السنة

فلا شيء فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي الخ

باب احكام المرتد

قال واذا ارتد المسلم والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته **قال** ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عم من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود **قال** فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية **قال** ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه **قال** وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء لاحتمال العود فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته

مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال الردة من الديون يقضى

في حال الاسلام مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه
يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول
ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين
فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام
ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما
كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر
قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو
كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام
تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث
فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته
فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف ومحمد رح يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام اربعة نافذ
بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح
والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا
مساواة بين المسلم والمرتد ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية
والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررنا
من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده
بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي حنيفة رح يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح لان
الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد رح يصح كما يصح من المريض
لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة
لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك و
توقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته
لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في
الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها
ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته
من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه

والارث م

بخلاف ما اذا ازال الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء
قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا
واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر
منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة
ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث
فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في
حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما
دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق
ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل
القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه
فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه
لا وجه الى ابطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل
من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل
المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية على ما اكتسبه في حال الاسلام
خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية في ما اكتسبه في الاسلام والردة جميعا لان العواقل
لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفه
في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه
دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده
واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية
حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان
الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما
اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية و
اسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو
على الخلاف الذي نبينه قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح في جميع ذلك نصف الدية لانه

اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد ثم اسلم
ولنا ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا
لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال
ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا
ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه
مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان
مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف
بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى
واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب وولدت ولدا
وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد
الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد ومسئلة التبعية
في الاسلام وهي واحدة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء
والاخرى الوصية للقرابة **قال** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد
ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده
ليس بارتداد لان الاسلام انه تبع لابويه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها
المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره
بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع
دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية
من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه واما الردة فمضرة
محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد
انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع
له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي
يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون و
السكران الذي لا يعقل

باب البغاة

قال واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى
الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الا
الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه فان بدءوه قاتلهم حتى يفرق
جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا
يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة
لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده
ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم
ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون
للقتال ينبغي ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان
والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن
الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم
كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال
الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرنا
ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم
الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في
الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا
ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون
اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا
برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى
والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا
يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما
الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها **قال** وما جباه اهل البغي من
البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار
الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان
لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه
قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي

ونفع العشر ان كانوا فقراء كذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لان الحماية به لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري رح ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا تجري الا بالالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية تنقطع بالمنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا والخلاف في الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي ان الاول والقاتل الثاني انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما ان الحاجة الى الدفع ثم ان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر التأويل فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر رضي الله عنه وعلي رضي الله عنه ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد

المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة اقوى قال واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر المكان نظرا للصغير قال ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق قال ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرف في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا

الباغي م

الاستحسان م

لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه م

كان عاقلا وكذا الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظه
قال ويواجره قال رحمه الله وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره
ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف
منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكر في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

امانة

اللقطة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا
الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع
على ما قالوا واذا كان كذلك لا يكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان
تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال
غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول
قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان
وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما
ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدا كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال
فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال ل
ع . وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد رح في
الاصل بالحول من غير فصل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام
من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت
مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة
وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول
احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان
شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على
ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه
حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي
الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها
لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف

استحلال به

ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند
الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها
رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء
امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته
والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة
فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البعير والبقر في
الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
مخافة الضياع وان كان معها ما يدفع عن نفسه يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة
والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال
الناس كالشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة
المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له
وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى قال واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر
فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من
غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق
النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح
الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا النظر
من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها
فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة
قال رح وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه
بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان
قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك
ان كان صادقا ولا يرجع ان كان كاذبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها
اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع وهذا

النظر

على المالك وهذه رواية وهو الأصح قال وإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حيي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فإنه له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف في لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها لقوله عم في الحرم ولا يحل لقطتها إلا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائر البلاد وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا قال وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رح يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عم فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عم فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عم في حديث أبي رضه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا

وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الإباق

الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم إذا دفع الآبق إليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رح لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال ولنا أن الصحابة اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولأنه لا حاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي وقيل يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر قال فإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهما قال رضه وهذا قول محمد رح وقال أبو يوسف رح له أربعون درهما لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه ولمحمد رح أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لأنه أمانة في يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضه وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له وهو صحيح أيضا لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالإعتاق كما في العبد المشترى وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه

فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد
انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا
اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه
اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه
احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة
الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي
على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا
فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك وكذلك
كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه
وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع
الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للموهوب له ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه
بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد

كتاب المفقود

قال اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ
ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر بنفسه والمفقود بهذه الصفة
وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاحتياجه الى من
يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده
لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل
لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف
انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على
الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد
يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد
في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة
وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد
بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي
ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء

لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب
ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن
الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم
في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا
الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق
عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا
اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة
والدين او النكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى
الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع
بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق
ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون
جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب
لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا
يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد
عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن
بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء
والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا
بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح
بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر
في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما
تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته
قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق
ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت
ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة

ذلك معتبر بالحقيقة **قال** ومن مات قبل ذلك لم ارث منه لانه لم يحكم بموته فيما مضى كما لو
كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت
باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصي له ثم مات الموصي لانه لو كان مع المفقود
وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطي اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث
يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال
في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن
به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم محجوبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون
الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف
له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث اخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل
يعطى كل نصيبه فان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن
به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بما تم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة
املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف
في نصيب الاخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في
غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما
من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من
شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد
بينا الفرق في كفاية المنتهى **قال** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول
وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الاخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف
المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب
منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة
فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح
الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة
ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة
وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما
نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشا

للمفقود و مات الموصي

محجوبون به

كان به

فعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول
الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عم فاوضوا
فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا
كما في المضاربة ولا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع
ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين
لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر
والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف و
الكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة و لا
يملك التصرف الا باذن الولي **قال** ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة
تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف
في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي
في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح
ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي
كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاجتماع
شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما **قال** وتنعقد على الوكالة
والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه والكفالة لتحقق المساواة
فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا **قال** وما يشتريه كل واحد
منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد
المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه
في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع
ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون
على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة و
يرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما **قال** وما
يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالاخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما
يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الاخر الجناية والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد وعن النفقة **قال** ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة

رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر
المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء
ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره
فبالنظر الى البقاء تتضمن المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من
المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه
لا يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل فلا يصح فيه الاجل فلا
يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة و
مطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند
ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء. قال وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب
له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال
اذ هي شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه
الا انه ينقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم
وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا
يشترط المساواة فيه. فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال
مالك رح تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على
راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله و
تفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن
بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن و
لان التصرف في العروض بيع وفي النقود شراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا
في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المشترى بينه وبين غيره جائز واما الفلوس
النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود
عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة
ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة
المضاربة بها. قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة
فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل

بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح
راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين
حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف
انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص
بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا
فتنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك
يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد
منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رح والشركة
شركة ملك لا عقد وعند محمد رح تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في
المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع
من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها
ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة
بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات
القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء
واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة
قال وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة وتأويله اذا
كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت
به الشركة. قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك
اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده
على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض
يقال عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ
ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة. قال ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في
الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا

عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال
يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى
بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من
الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا
العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان
معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل
عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة
في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي
ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز
وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه
بعد ان شاء الله تعالى قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر
لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على
شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله
فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا
هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد
الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع
بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان
بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة
صاحبه في ماله الا ليشركه صاحبه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته
وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده
بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام
الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا
للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك
المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن
من مال نفسه وقد بينا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك
احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا

ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون
شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على
الوكالة فيه كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة بحكم الوكالة التي تضمنتها
الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال و
تجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان الربح فرع المال ولا
يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا
يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل
لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وبهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط
الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام
المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من
تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد
الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا
تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد وهو الربح بدونه وصار
كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا تجوز
الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا
يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد من المتفاوضين و
شريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض
دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة
لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية
الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجرة بل اولى لانه تحصيل بدون
ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف
فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء
حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده
في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال
واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي وزفر رح لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد
مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح بتفرع على الشركة في المال وعلى

اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف
اصيلا في النصف تحقق الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك
وزفر رح فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال
اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد
لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد
الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر
ما يتقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في جنس المتفق وربح
ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة **قال** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه
حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في
المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى
المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من
العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل و
اقتضاء البدل **قال** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما
تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه
ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل **قال** و
كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية
فيتعين الاول فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا
فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او العمل او بالضمان فرب المال
يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق
الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه
ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها
من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

ولا يجوز الشركة في الاحتطاب
والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ
كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح و
الوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهما

نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان
عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه احدهما وحمله الآخر
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد
عرف في موضعه **قال** واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ان كان صاحب
البغل يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه
مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه مثل اجر البغل اما فساد
الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار
ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه
اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت
فبقي له الاستحقاق على قدر رأس المال **قال** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق
بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل
بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل
ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة
بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي

فصل

ليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل
واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء
الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ادى على التعاقب
اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف المأمور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى
به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب
منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم
يضمن المأمور علم او لم يعلم ولابي حنيفة رح انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار
مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم
الضرر الا لدفع ضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم
يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه
ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب

فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه
ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه
ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا
لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا
على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييرها فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء
لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في
ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد
فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما
شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد
وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول
حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها
بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة
العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو
الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع
ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق
بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه
ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رضي الله عنه جاء
محمد عليه السلام ببيع الحبس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك
والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب
القوام فيه الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة
دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزول ملكه لا الى مالك لانه
غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا
لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله

ولا يوهب
ولا يورث

عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم
صحيح لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما الحكم ففيه خلاف المشايخ ولو
وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح وعندهما
يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول
عند ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح لانه بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح لا بد من
التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك
الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا
صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم
يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر
املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب
ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح
لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز لان اصل القبض
عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح
ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا
يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما في غاية
القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف
لامكان الاستغلال وقسمة الغلة قال ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي
عند محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث
في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك
طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة
والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا
تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم
انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف
ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى
جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا

الا عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة
الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك
قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز
وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على
الارسال قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز
وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا
كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف
عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل
الله وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان
الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد احتبس ادراعه وافراسه في سبيل الله تعالى وطلحة حبس
دروعه في سبيل الله ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون
عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم
والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس
انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا
لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول
محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله
ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه
لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث
السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين
وكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه و
لا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع
التمليك فلما بيناه واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون
معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد
موته الى الوصي وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي

الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز و
يكون بقدر الدراهم مشتريا قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته
شرط ذلك الواقف او لم يشرط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة
فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها
على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب
فيها وان كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا
يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة
التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف
عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه
ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك الوقف عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح
لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف
دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد
الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها
الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت
السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع
صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد
ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه
الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها
لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال
صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة
عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني
النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في
المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية
اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي
وبه قال الشافعي رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز

وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء
وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض
او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل
يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا هو الصحيح لان اشتراطه لهم في حال حياته كاشتراطه لنفسه
وجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض
او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط
بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عم كان يأكل من صدقته والمراد منها
صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى
على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان
يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب
منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل
على نفسه صدقة قال ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز
عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار في الوقف لنفسه ثلاثة ايام جاز
الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية
فقد نص فيه على قول ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في
وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا
الاشبه ان يكون هذا قول محمد رح لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم
لم يبق له ولاية ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره
يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا
يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو
كان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من
يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا القاضي
ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل **فصل** واذا بنى مسجدا
لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال
عن ملكه عند ابي حنيفة رح اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم
عند ابي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض
يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد رح لان

فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد
لذلك في الغالب وقال ابو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس
بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيكون خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد
قربناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى
الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به
ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل
مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن
محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي
يوسف رح انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة
وعن محمد رح انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك اذا اتخذ
وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان
المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر
مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يوهب
ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا
ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال
ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث ولا يورث عنه لانه تحرر
عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له
من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه
يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني
او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا
استغنى عنه الا ان ابا يوسف رح في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن
بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن
ذلك حتى يحكم به حاكم عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن
في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة
الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص
لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف رح يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده
ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا

تحرر ای
از المنس

سه نا بمهول

يعول به

او خانا

صح التسليم

في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا الكبير الموقوف وخوض ولو سلم الى المتولي صح
لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب واما في المسجد فقد قيل لا يكون
تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه واذا
سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو
بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة
قال ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل دارا في غير مكة سكنى
للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في
سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة
تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواها من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية و
غير ذلك فيستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل
العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء
ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا
يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه تم جلد الاول الحمد

الحمد لله الذي وفق للاتمام ووفق لنيل الفوز بهذا
المرام ونحمده ذي الانعام والصلوة
على محمد وعلى آله وعليه وعليهم
السلام بتوفيقه
الاتمام
عباد العصيان بحق النبي عليه صلوات الرحمن وقت
الاشراق في اليوم الخامس والعشرين من جمادى الاولى
في اليوم الاربعاء كتبه الفقير الفاقد النصير
على الحق الستير علي بن يوسف
القرقريوس

١١٦٤

الحمد لله على الاتمام

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما
بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع
للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر
الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق
المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس
وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس
لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب
كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في
بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين
ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان
القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع
ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا
يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا
بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج
الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا
تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة لان التسليم
والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه
صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وعنه عليه السلام انه اشترى طعاما

[illegible] ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة
من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن
اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل
في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها
اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت
سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز
البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة
ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا
اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون
يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من
التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر
بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه
قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي
حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز
بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول
الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها
غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة
للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه
علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قال ومن باع
قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة وكذا من باع ثوبا مذارعة
كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز
في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة
فيه وتفضي اليها في الثاني فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه

عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين
والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان
الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن فلهذا يأخذه كما في اوصاف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان
المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل
الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فصار كما
اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها وان شاء تركها لان الوصف وان كان
تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه
بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ
الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ لانه ان حصل له الزيادة في البيع يلزمه زيادة الثمن فكان
نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا
بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة
وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من
مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو
المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة
الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة
اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في
فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة
لا يجوز في النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما
مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد
في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على
انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة في الوجه
الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الوجه
الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد في الاول يأخذه
بعشرة ونصف ان شاء وفي الثانية بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم

مقابلة بنصف بنصف فيجري عليه حكمها ولابي يوسف رح انه لما افرد لكل ذراع بدلا نزل كل ذراع
بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت
جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى
هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له
ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فشابه البناء ولا يدخل
الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا
فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا
ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال
للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان
عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد
الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت
مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم
العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين
للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت
الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم
تظهر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل
ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما
ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها او منها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان
لم يقل من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها
دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فلا يدخل الا بالتصريح به **قال**
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او
في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة
او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها او اجارة في

في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها
بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على
النخل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف
والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا
فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري
الاصول ليحصل الزيادة على ملكه **قال** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا
لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو رواية الطحاوي واما
على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه
من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان
لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه **قال** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره
وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق
في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله لان
المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي
عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب
منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما
لا يجوز لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز لشبهة
الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل **قال** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح
اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية
لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به الا به **قال** واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل
فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع
والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى
انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده و

رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع اولا فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر انه اجاز الخيار في البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع

لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به عن الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت الامة المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها

فلا يملكه إلا باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ وله أن
يجيز فإن اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز فإن اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان
فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول
الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا
يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق
الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه
غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري
وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه
ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط
ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة
تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال
الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين
ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور الانتقال فيه والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف
خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين
يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا
وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره
كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم
الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز
جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه
غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول
ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز
يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل
من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما قال ومن
باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد فان باع كل واحد منهما بخمسمائة
على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين

ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه
الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه وهو غير معلوم والثاني
ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان
المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن
هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للعقد كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا
يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن
قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز
وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع
الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى
اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان
في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها
والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان
الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت
باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا
واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت
عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع
في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول يتجوز ويستعار ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع
فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل
واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت
في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى
دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على
اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط
الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير
يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي

أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه
من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه
إلزام ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد
قال ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع
الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب
التخيير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد
بفواته العقد بمنزلة الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة وإذا أخذه أخذه
بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده وقال
الشافعي رح لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا
رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في
المعاين المشار إليه وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضا بالشيء قبل
العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له
وكان أبو حنيفة رح يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد
بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن
البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشرى لما روينا فلا يثبت دونه وروي أن
عثمان رضي الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني
بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير
موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم إن كان
تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع
بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله
بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال وكفى النظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى
وجه الدابة أو كفلها أو إلى وجه الجارية والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط

لتعذره ويكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت
آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان
الباقي أردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وإن كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد
من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون
مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وإذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه مكيل يعرض
بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع
العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره و
شرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من
الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من
الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم ير
بيوتها وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول
داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن
متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر إلى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون
نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا هما سواء وله أن يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل
بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار الشرط والعيب والإسقاط قصدا وله أن القبض نوعان تام
وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء
خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل بخلاف ما إذا قبضه مستورا ثم رآه
لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار
العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك
التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف
الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولا بالبيع قال
وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه ثم يسقط خياره
بجس المبيع إذا كان يعرف بالجس وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق
كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم
وعن أبي يوسف رح إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه

يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة وإجراء
الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر
جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا
يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل ومن مات وله
خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئاً
ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل بالرؤية السابقة
وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به قال وإن وجده متغيراً فله الخيار لأن
تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث
وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا
في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فالقول له قال ومن اشترى عدل
زطي ولم يره فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط
لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط
يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم
قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله والله أعلم

باب خيار العيب

قال وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء
رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به
وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض
بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان
عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به وكل ما أوجب نقصان
الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف أهله قال والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا
بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت
عند المشتري في صغره يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن
سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة

وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد
الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق
عيباً قال والجنون في الصغر عيب أبداً ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده
في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول
فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش
وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام فلا يخلان به إلا أن يكون من
داء لأن الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا
عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر
عن صحبته ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده
لأنه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند
أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو
الصحيح قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن
يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً
فامتنع ولا بد من دفع الضرر فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه
رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع
فإنه عيب حادث وإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به
فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن
الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه قال
فإن باعه المشتري بعدما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً
للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب
لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيراً يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني
بعدها بالتسليم إليه قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه

اما الموت فلان الملك منتهٍ به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا
يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء للملك لان
الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فصار كالموت
لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه
تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي قال فان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله
كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قال فان قتل
المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه
فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كالاعتاق في المعسر عبدا
مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل
مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو
يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام
كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده
فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر
عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان
الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عنه عادة كالواحد والاثنين
في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين حر وعبده قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان
قبله بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه
بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ

الثاني ثم يفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث
وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا
يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث
مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند
البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه
بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو
قضي بالدفع فلعله يظهر العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو
قضي بالدفع ينتقض القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء فان قال المشتري شهودي بالشام
استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع
كثير ضرر لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا
فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم
يأبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في
يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط كذا قال في
الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك
قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان
فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو
لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على
قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة
فكذا يترتب التحليف وعلى ما قاله البعض ان التحليف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من
خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه
الذي قدمناه وقال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ
مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن اشترى
جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها
وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض
كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن

اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان
الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف
انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم
للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما
ثم وجد باحدهما عيبا رده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن
ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا
انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط
لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى
شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا
كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان
في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب
دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا
كان قبل القبض له ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان ثوبا فله
الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون
ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان
ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس
برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي وشراء العلف محمول على ما اذا كان
لا يجد منه بدا اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد منه بدا لانعدام
ما ذكرنا يكون رضا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده
ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا
قتل بسبب وجد في يد البائع وفي الاصل انه بمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع
القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده و
صار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير
حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق

وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من
المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبل البائع
فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتنصف
ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض كما في الاستحقاق وعندهما يرجع
الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد
على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول
ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا
تفضي الى المنازعة وان كان فيه معنى التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في
هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه
الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

قال اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا
كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول
البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه
الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند
بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون
ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما
كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض
ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى و
كذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان
قوبل بالدين كالدراهم فالبيع باطل وان كان قوبل بالعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان
كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير
متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا

لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير معقود عليها لكونها ثمنا لانها تجب في الذمة وانما المعقود
الخمر فسقط التقوم فصار باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك
الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب
لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد
معناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية
انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في
حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز وان رضي المكاتب ففيه روايتان
والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في
العتاق قال وان ماتت ام الولد والمدبرة في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال
وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملكهما بضم القن اليهما في البيع بخلاف المكاتب
لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق
بمحل قابل لحقيقته وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع
في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في
حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال ولا يجوز
بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه
غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا
اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه
غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عم عن
حبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه
ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه
من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من
اعلاها وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع
وقد صح ان النبي عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو
حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في
سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكرا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع

عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا
في الجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد
بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع
لان في وجودهما احتمالا اما الجذع عين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق لانه عم
نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها
خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا
العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه نهى عم عن
المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية
لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون
برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان
يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر
وقد نهى النبي عم عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع
استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت
على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا اولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف
وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز
بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير و
الانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها
من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام
وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا
به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف رح مع
ابي حنيفة رح كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور

التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه قال إلا أن يبيعه
رجل يزعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في
حق المتعاقدين المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد إذا كان في يده وكان أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع
ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لأنه
آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد
لوقوعه باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة ره أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد
لقيام المالية والمانع قد ارتفع وعن [illegible] ره أنه يتم العقد وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع
وهكذا يروى عن محمد ره قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي ره يجوز بيعه لأنه مشروب
طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والأمة وعن أبي يوسف ره أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده
وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز
الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع
ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف ره وعند محمد ره لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع
دليل طهارته ولأبي يوسف ره أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها قال ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا
يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث
وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة
قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ
على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بعد الدباغ ولا
بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها
طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال وإذا كان السفل لرجل والعلو لرجل آخر
فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس
بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض
باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف

بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب قال ويجوز بيع الطريق
وهبته ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع
حق المرور والتسييل فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن
له طولا وعرضا معلوما وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني
ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي متعلق بعين
لا يبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان
قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة
حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد ره وهو أن الإشارة
مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق
بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو
كاتب وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي
الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا وقد عرف تمامه في موضعه قال ومن اشترى جارية بألف
درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة لا يجوز البيع
وقال الشافعي ره يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء
وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها
لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيد
بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل
في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة
ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها
من البائع ويبطل في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون
مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد
لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر
بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها قال ومن اشترى زيتا على أن

يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح
عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال
ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال وقال البائع الزق غير هذا وهو
خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في
الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر
او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل
المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى
الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته
وانتقال الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان
كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او
امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه
ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط
ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة
لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك
وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة
فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه
المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح العقد حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى
فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه اخر
ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه
يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا
تلف بوجه اخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال ولو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا

شهرا او دارا على ان يسكنها البائع مدة معلومة او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي
له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف
ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون
اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى
راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع
ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان
ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا
فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان
المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا
تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث
يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى ثوبا
على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه
فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل
فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة
في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم
الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل
الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه
لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز
لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل
بالشروط الفاسدة قال ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ
الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب

جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح لما اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره
وهذه جهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد
باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع
فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد وان
جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة وقال
زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل
الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن
كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان
القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته
وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى
البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا
بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد منهما فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته
وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا
لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال
بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه
تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض
كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان
السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى

يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض
فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس
العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه
بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد
فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط
قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان البيع
الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف
ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما
حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من جهة الشفيع قال ومن
اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه
بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك
الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا
فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد
الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان
كان دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة
الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا
فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك
في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق
الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط

من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وقد نص يعقوب على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء
وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها
تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها
فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن
الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث
انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل
الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه
اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد
الملك ههنا فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن و
لا يريد الشراء ليرغب غيره وقال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى
المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد فلا بأس به على ما
نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل
البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرر والضرر
قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة
في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك
فلا بأس لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال كل ذلك يكره
ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس
ببيع من يزيد وتفسيره ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء
والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك
ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين
احبته يوم القيامة ووهب عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال ما فعل الغلامان فقال بعت
احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير

يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار
وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب
غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر
لغيره لا بأس ببيع واحد منهما فلو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان
فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها
وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فاشبه كراهة الاستيام
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح ان النبي عليه السلام فرق بين
مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم
القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل
ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
~~جعلها بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها فسخا فتبطل وعند ابي حنيفة وعند محمد هو بيع~~
~~بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل~~ وعند محمد هو
فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ و
الرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى
انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة
ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية
لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرطا الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على
الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا اذ لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا
شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء

ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي
يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند
ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن
بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا
دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول
عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة
باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في
المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي
العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال و
هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو
قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي ولو تقايضا تجوز
الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع
من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل
ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام
ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة و
التولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان
المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف
جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال
وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال قال ويجوز ان يضيف الى
رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار
بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به
هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد
في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته

بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا
يزيد في العين وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال
فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط
فيهما وقال محمد رح يخير فيهما له ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة
ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح
ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول اذا كان ذلك
معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من
راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد
على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ
يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية
والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال
ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان
كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته
اذا اشتراه بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة
ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه
مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد
الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة
في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة
وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره قال واذا
اشترى العبد الماذون له في التجارة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم
لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى
بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال و
ان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال

عشرة فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر
مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم
يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن
ابي يوسف رح انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح اما
اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن و
قد حبسها قال ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره
وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة
ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد
في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة
بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب قال و
ان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين
رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان استهلكه ثم
علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى ولو لم يكن الاجل
مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه
لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع
فاسد لجهالة الثمن قال وان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى اخر
المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان
الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز بيعه
حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله

ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه
غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف قال
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه لم يجز للمشتري ان يبيعه ولا
ان ياكله حتى يعيد الكيل او الوزن لان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع ثوبا
مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع
ان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة
المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة المشتري ولو كاله
لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في السلم ان شاء الله
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون
فيما يروى عنه لانه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق
وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال
ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن
ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر
والشافعي رح لا يصح على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الابتداء بالصلة لهما انه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار
مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية
الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم
يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية و
المرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي
في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا
يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله

فيلتحق بأصل العقد استناداً **قال** ومن باع بثمن حالّ ثم أجّله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً
لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً
ولو أجّله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة
كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه **قال** وكل دين حالّ إذا أجّله صاحبه
صار مؤجلاً لما ذكرناه إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ
الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع
الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى
سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصى له

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن
مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو
قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربوا وعدّ الأشياء الستة الحنطة والشعير
والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثلٌ وبالنصب مثلاً
ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه
وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة
عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء
الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك
بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته
حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي
المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لأن الربوا هو الفضل المستحق لأحد العاقدين في
المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في
اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه
المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه
فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا نقول إذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز

البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً
بكيل وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع
الجيد بالردي مما فيه الربوا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع
الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة
فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو
تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم إليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة وإذا وجدا
حرم التفاضل والنسا لوجود العلة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسا
مثل أن يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسا
بأحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت
إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة
أولى ولنا أنه مال الربوا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية
فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز
وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمنان وهو
مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فإذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً
وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً
فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك
بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة وعن أبي يوسف
أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي
المنظور إليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه
متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما
لو باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم **قال** وكل

الاسلام

ما نسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما
يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه
بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما
وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء يعني
يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه
التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عم في الحديث
المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا
ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن
من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى
قوله عم يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر
تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين و
التمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا
فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما و
اذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه
في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف
ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير
عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير
مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز
بيع الدقيق بالدقيق كيلا متساويا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح
متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما
لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود
وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز

الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو
لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون
بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز
بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح
وكذا العنب بالزبيب على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عم حين سئل عنه اوينقص
اذا جف فقيل نعم فقال النبي عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عم حين اهدي اليه
رطبا او كل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز
البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذا
الزبيب بالعنب على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية
بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة
او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه
ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول
وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه
العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه
وفي الرطب بالرطب التفاوت بزوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع
البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورة لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو
باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى
يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عنده
يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع

اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ومراده لحم البقر والغنم واما البقر والجواميس جنس واحد
وكذا المعز مع الضان جنس وكذا العراب مع البخاتي **قال** وكذلك البان البقر والغنم
وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما
بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب
للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم
جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة
لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلاً لان الخبز صار عددياً او موزوناً فخرج من ان يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة
مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت
الحنطة نسيئة جاز ايضاً وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم
في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً او وزناً عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز
والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت
في آحاده **قال** ولا ربا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق
الربوا وهذا اذا كان ماذوناً له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في
يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا
كما يتحقق بينه وبين مكاتبه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لابي يوسف
والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي
في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالاً مباحاً اذا لم يكن فيه
غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظوراً بعقد الامان والله اعلم

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً
بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم
لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما
يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار
والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه
بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه

لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ
حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر ما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** و
من اشترى بيتاً في دار او منزلاً او مسكناً لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر
التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة
ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان
المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

باب الاستحقاق

قال ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها
وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة
فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت بها الملك
في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل
الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي
اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل
تحت الحكم بالام تبعاً **قال** ومن اشترى عبداً فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني
فاني عبد له فان كان البائع حاضراً او غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان
البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبداً مقراً
بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع
بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذباً فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمداً على امره واقراره اني
عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع
دفعاً للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر
ضماناً للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن
ببدل الصرف والسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر ضماناً للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله
فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلة الرهن قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق
فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط
في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى ليس بشرط
عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان

في الاعتاق فلتناقض لا يمنع الاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث
قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا
فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي
ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع
بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة
على ان الصلح من المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله اعلم

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ
وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او بالاذن من المالك
وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله
في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث
يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه
نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة
لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد
من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا
له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ
قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن
دينا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة
نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته
ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث
في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا
يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع
ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة قال
ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما
لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من
وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي

يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من
الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا
لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا
بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ
بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة
بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران
الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة
يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال فان قطعت
يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين
ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا
قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق
على ما مر قال ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم
الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع
الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع
ينفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري
فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود
عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح
لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن
باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد
رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على
صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا
شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام

البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وقوله ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري ومعناه
تلك المسئلة في غيره وهو صحيح وبشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالماً للمشتري
قال في الجامع الصغير ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول ابي يوسف آخراً وكان يقول اولاً يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل
السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم
الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال
وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لابد ان
يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلاً وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود
المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب
في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع
والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت
كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الصفة مقدور التسليم فيجوز السلم فيه
والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت
آحاده تفاوتاً فاحشاً وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيه عدداً
يجوز كيلاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلاً لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عدداً ايضاً
للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدوداً بالاصطلاح
فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان لان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود
وزناً وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوماً ببيان
الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد
ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى
المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على

منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير
قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها
قال ولا في الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت الا
اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه
لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد
الى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل او على العكس او منقطعاً فيما بين
ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم
بالتحصيل فلابد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب
السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطاري
على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح
وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير
منقطع ولا يجوز السلم في السمك الطري الا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه
ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وانما يجوز وزناً لا عدداً
لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده
قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً
معلوماً بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل
ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف
موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على
اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على
الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم المثل اعدل من
القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض في وقته واما الوصف فلا
يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلاً وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالاً لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعاً لحاجة
المفاليس فلابد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فلو كان قادراً على التسليم لم يوجد
المرخص فيبقى على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه
مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف

يوم والأول أصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا لم يعرف
مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد
أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وإن كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف
قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على تسليمه
وإليه أشار عليه السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه
ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا أو
البساخي بفرغانة قال ولا يجوز عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا
حنطة أو شعير ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد
أو رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف أو كذا وزنا وأجل معلوم و
الأصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه إذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج
إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب
وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر
على تسليم المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف
ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا
أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم في جنسين ولم يبين مقدار أحدهما
ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه
فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب ولأبي حنيفة أن التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة
لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لأن
تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة وصورتها إذا
اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح
أنه يشترط إذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار و

في مكان تسليم الدابة للإيفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان
مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه قال رضي الله عنه
وهذه رواية الجامع الصغير وذكر في الإجارات يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن
كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال
ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه أما إذا كان من النقود فلأنه
في دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وإن كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل
بآجل إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى
الاسم ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا
يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد
في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام
القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر
نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله
وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على
المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد
طار إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح
إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ألا يرى أنهما لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في
رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد
وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه
لأنه تصرف فيه قبل القبض فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى
يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ولأنه أخذ شبها بالمبيع
فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه
مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل
اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه
له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل

فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على
ما مر وان كان سابقا ولكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما
وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظها فكان المردود عين المأخوذ
مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم
اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك
نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين
بالبيع الا يرى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا
اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن
عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع
في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره
ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين
والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله
بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ
خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم
صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض
البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار
ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن
اسلم جارية في كر حنطة فقبضها المسلم اليه ثم تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد
بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة
حال بقائه واذا جاز ابتداء فاولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في الجارية
تجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما
هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا

وبهذا يختلف المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه
قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم
تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة و
ان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء
الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم
اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع
في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون
القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة
وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان
انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين
على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فبقي مجرد دعوى استحقاق
الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان
خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر
الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا سمى طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم
على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه معقود فيه فلا بد من البيان ولا يجوز السلم
في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في الآجر واللبن اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي
متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره جاز السلم فيه
لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه
دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة
او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه
لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع
الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من
صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا

بما لم يره ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان له
الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف
انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له
اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه
تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما
فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما
ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه
استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى **مسائل منثورة**

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه
لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان
منتفيا ولنا انه عم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا
فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم
عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله
عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه **قال** واهل
الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم
ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد
خلافا لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا
يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن
من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا كان من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم
يصح **قال** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود

سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا لان وطي الزوج حصل بتسليط
من جهته فصار كفعله وان لم يطاها فليس بقبض والقياس ان يكون قبضا
لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير
قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب ولم ينقد الثمن فاقام
البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن
ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد وادي
الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا
تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا
والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك
للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما
فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا
بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه قبضا
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله
حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه
كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم
الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما **قال**
ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في
الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى
حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه
ايجاب له عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا
تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه
وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه

بذلك وصار كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم
في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فملكه تبعا
لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة
الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع
بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان
باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة
لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا وقال جيدها ورديها
سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول
عمر وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي
بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب
قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر
لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه
اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او
ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر
ما ذكرناه في قبض راس المال في السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قال وان باع
الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا
هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا
يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط
الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه
حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض
مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان
الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع
لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس
من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز بيع الذهب بالفضة
مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه

مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة
وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا
فالذي نقده من الثمن ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر
منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن
الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما قال
وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من ثمنه خمسين جاز البيع
وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين
من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما
فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع
في السقف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة
المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتمال الربوا
والفساد من وجهين وجهة الصحة من وجه فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل
البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه
وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة في الاناء عيب وان باع
قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن
باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي
لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير
لا يجوز وان كان فيه تصحيح العقد كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة
لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن
من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه
بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بغير قبض فسد العقد
في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد
بالفرد كما في خلاف الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصفه لا

اصله

لانه يبقى موجبا لاصله وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تحريا للصحة بخلاف ما عد من المسائل اما مسألة المرابحة لانه يصير تولية في الثوب بصرفه الى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة الى الالف في الثمن الاول وفي مسألة الجمع اضيف البيع الى المنكر وليس بمحل للبيع والمعين شيئه وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف

خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين ولو كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عنده خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا ثم كسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس

او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عدده ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح خصوصا في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس فبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه او بوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او الي لانه في معنى علي في هذا المقام

قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق الامتناع عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة قال واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر هو المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر برئ عند ابي حنيفة رضي الله عنه للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لعدم القدرة على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة بنفسه اذ كل

واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال
بالخطر فاشبه البيع ولنا ان الكفالة تشبه البيع وتشبه النذر من حيث انه التزام
فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال ومن كفل بنفس رجل
وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به فعليه المائة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه
علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه
وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم تصح الكفالة
بالنفس لم تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف
الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فترتب عليها
الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى
الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ
بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح اجماعا
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل
فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد
عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة
العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا
يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود
والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن
والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه

كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجب التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان
المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك
عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى
الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان
احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل
الكتابة وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان
شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى
الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه
البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة ولو
طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك
اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني
اما المطالبة بها لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة
بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة
ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
فلان وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما
ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب
المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
وان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان وان لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره
لاطلاق ما رويناه ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع

الطالب لان الامر رضيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل
بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤدي
لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلاف ذلك
يرجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
وكما اذا ملكه المحال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع
بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب
عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل وليس للكفيل ان
يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل
بالشرى حيث يرجع قبل الاداء لان العقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم
بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه من جهته فيعامله بمثله قال واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح
وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل
بدونه جائز وكذلك اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله واذا اخر
عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر
بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن
الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما
ههنا فبخلافه قال وان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد
برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل
فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة
بالاداء ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما
اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالح عما
استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال
ومن قال لكفيل ضمن له بالمال قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه
معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب
لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع
الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء

ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى
ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في
البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه
من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح
فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل
قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص
معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها
النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل
عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان
المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع
بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرى والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع
والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة
ولو تكفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر
الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال ومن استاجر دابة للحمل عليها فان
كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة
لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذلك اذا استاجر عبدا للخدمة فكفل له
رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس
العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز
ولم يشترط الاجازة في بعض النسخ والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف
انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا
في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما
جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة
وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز
لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح
اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب
فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق

دون المساواة فظهر ان هذه الحالة معتبرة كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي
اختلف المشايخ فيه واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء
لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب
ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى
اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا
يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات
عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال
فخلفه او الافضاء الى الاداء باق **قال** رحمه الله ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه
الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها
الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة
لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما
اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه
وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت
الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح
فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه
في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم
لما بينا انه ملكه **قال** واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده
على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي
بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه
او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه
وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان
يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر
ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض

عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل
فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان
فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد **قال** ومن كفل
عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ
القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به
وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا
يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وكذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي
على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي به على الكفيل خاصة
وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما
يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء
وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن
الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها
قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما
ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم
من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ
لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع **قال** رحمه الله ولو شهد
وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في
البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله
كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه
او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار
المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب
ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد
منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه

كالشراء على المودع والمستعير وكذا اذا باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه
يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة
الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن
ضمن عن اخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة
لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد
بها ما يكون بحق ككري الانهار المشتركة واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب
بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب
ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول
قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول
قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة
الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة
بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول
قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول
بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم
يؤخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف
القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن
ابي يوسف انه يبطل وموضعه اوائل الزيادات في الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له بالعهدة
رجل فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك
البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل
ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن
الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو
غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف
وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف
فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة
بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع
للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف
عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل
رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على
صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن
الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام
المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف هذا فما اداه احدهما عن صاحبه وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا
ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور
لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع
الاخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر
بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا
ابرأ رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل
فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا فلهذا ياخذه به **قال**
واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين
لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه
حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** واذا كوتب
العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع
على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد
منهما اصيلا في حق وجوب المال عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالمال
في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه
احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة **قال**
ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف

لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف
على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح
الضمان فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى
ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان
اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع
على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم
يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او عن مفلس بخلاف
الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع
الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له
رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته
لان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه
بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع منهما على صاحبه
وقال زفر يرجع ومعنى المسئلة في الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته
بالمال عن المولى اذا كان بامره واما الكفالة عن العبد فيصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو
الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل
عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين
غير مستحق لثبوته مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا
يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه
الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على
تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين
لا في العين قال وتصح برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه
وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا
لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره محمد في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل
لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ومعنى التوثق فيه باختيار الاملأ والاحسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا ولم يرجع
المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة
حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود
او ينفسخ الحوالة لفواته لانها تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال
والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا
يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه
المحيل بمال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين
لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر
والقول قول المنكر وقبول الحوالة لا يكون اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا
طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين
كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة
مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم
واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه
ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف
كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة
للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة

وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده. قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى النبي عليه الصلوة والسلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد. واما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بدونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ. واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى المستحق وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها. قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف. قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح

وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد. قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم. ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي كرم الله وجهه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه. ومن تقلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام. قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير. قال وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه. قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون

في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فتجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة
المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها
او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك
لان في جلوسه وحده تهمة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت
عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على
العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته
وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا
يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا
الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها **قال** ويشهد الجنازة ويعود
المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لانه عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة
قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم
بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه
حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على
خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهما لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين
الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة
المجلس فكان تلقينه احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره
لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع
بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره
قال فاذا امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او
التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه
على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون

قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم
يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول
لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي
النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان
تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه لم يجب عن مطلق بل هو صلة
حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما
كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه
يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله
لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكر ويروى غير ذلك
من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص فيه **قال** فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة
لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه
قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب
خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره ان شاء الله
في الحجر وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان
موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت
مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه
ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود
والقصاص **قال** الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك
لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي
في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود
الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء
على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل
الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر
عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب
والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد

ولا تقبل في الأعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار السرخسي قول ابي يوسف قال فاذا وصل الى القاضي المكتوب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل

بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية

القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كالمولى ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه
عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه
على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيره وهو صحيح الا انه لا يفتى
به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي
ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة
لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو
اخبر بالحكم لم يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء
لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو
حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي

مسائل من كتاب القضاء

واذا كان العلو لرجل والسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة
عند ابي حنيفة معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف
اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف
وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض
الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم
للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى
عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه **قال** واذا كانت زائغة
مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا
في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون
لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة وقيل
المنع عن المرور لا عن فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع عن الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع عن المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب

قال





قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا الابواب لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها
اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها **قال** ومن ادعى في
دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار والمدعى
وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة
على ما عرف ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي
الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى
الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عنده ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا
بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عنده ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
فانكر الآخر الشراء ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحده كان
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحود كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ
بالعزم وان كان لا يثبت الفسخ بمجرده فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض
ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز
والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال
ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بلى لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما
فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا **قال** ومن ادعى على آخر
مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء
قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه دفعا للخصومة

لا يرى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء ثم يقضي وكذا لو قال ليس لك علي شيء
قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء
ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة
قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك
فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بينة
البائع وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة
تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان
مناقضا بخلاف الدين لانه يقضى وان كان باطلا على ما مر قال رحمه الله وذكر حق كتب في
اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان
الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد
وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة
مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام
حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما
نعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت
اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث
ايضا قال رحمه الله ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق
الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق
المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا
اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر
بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال
للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول
فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر
للثاني له مكذب فلم يصح قال رحمه الله واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل
والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما
ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع
بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان
التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت
معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة
اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله
ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه لان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض
واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه
فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر
لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة
الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في المنقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه
يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي
بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير
وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة اظهر لحاجته الى الحفظ وانما يؤخذ الكفيل

لانه اثبت حضرته والقاضي انما يعطيها لا لاثباتها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة
البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق
له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح
خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نايبا عن غيره ولهذا
لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل
على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع الكبير لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر
القضا على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث
ماله فهو على كل شي والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه
الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغنا فينصرف
الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانه سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر
راجحة عنده وعند محمد لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج
بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم
من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك
فبقي على العموم والصحيح انهما سوا لان الملتزم باللفظين الفاضل عن حاجته ثم اذا لم يكن له
مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك
لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشي لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن
اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جايز ولا يجوز
بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية
انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث
اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت
النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز
تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى

يشهد شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سوا لانه من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد
او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل
للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية العبد والشفيع والبكر
والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ المال فضاع واستحق
العبد لم يضمن لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان
كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرما لان
البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه
ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرما ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان بامر القاضي
فصار كما اذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم وان ظهر
للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا
ولانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان
العاقد عاملا له **فصل** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه
او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة
لان قوله يحتمل الغلط والخطا والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه
واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة
اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي
الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام الماتريدي ان كان عدلا عالما يقبل قوله
لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه
والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب
الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا
ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي
وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ
منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه
كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يجور غالبا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في

القضية ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل
ذلك قبل القضية او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا
ولو اقر القاطع والآخذ بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان
وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول
لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به
القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه
يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول
فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى
ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما
يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير
فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك قال
والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام
من ستر على اخيه المسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله
عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول
اخذ المال ليحيي حق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت
السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها
شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام
شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص
تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها
شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين
او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوصية والوكالة
ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها

لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا
تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها
قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر
وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم
الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه
الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن
قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه
الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في
اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا
يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم
حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدت انها بكر
يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد
المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قالت انها ثيب يحلف البائع لينضم
نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع اما شهادتهن على استهلال
الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة
لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة
ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك
كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم
او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله
تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير
الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس
ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول
اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة
الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة

ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام

قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن فيه الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في القذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقالا لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح

قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي

يبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

قال وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع

قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة

بالتسامع لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد
ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره
رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة
لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج
ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه
يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم لو فسر
ثم اذا فسره لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل
له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد
منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد
دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء
في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف
آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر
الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى
عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو
الذي يشتهر **قال** ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك ان تشهد
انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى
بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون
هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه
قال بعض المشايخ لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا
الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين
الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما
او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان
فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانهما لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه
يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه **باب**
قال من يقبل شهادته ومن لا يقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة

تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف
والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء
يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت **قال** ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية
وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره **قال** ولا المحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى
بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة
وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء
ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن
ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من
تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة
للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده
وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل
الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء
متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه
التهمة **قال** والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت
وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة
فيصير كالمستأجر عليها **قال** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي
تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري بين الزوجين القصاص
والحبس بالدين ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد
لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا

لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال
ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او
من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى
قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال
وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة
ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده
المخنث في الرديء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر
فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه
صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب
على اللهو لانه يرتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث الغفلة ولانه قد يقف على
عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من
يدخل الحمام بغير ميزر لان كشف العورة حرام قال ولا من ياتي بابا من الكبائر
التي يتعلق بها الحد للفسق قال او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج
لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب
بالشطرنج ليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل
ان يكون مشهورا به لان الانسان قلما يتخلص عن العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال
ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك
المروءة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة
من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا
مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي واما الخطابية فهم من غلاة الروافض
يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة
فتتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان
اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون

هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل
الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث
الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد
لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول
عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال
ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى رتبة منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان
كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية
ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال
وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وان ألم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها
وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة
فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح
احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه
استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال
مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار
ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد
عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب
حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد
الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر

الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان
لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل
معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان
للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي
بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا انه يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما
الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي
غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك
لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار يدخل تحت الحكم
قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل
شهادته لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان
المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم
في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقاما على اني صالحت الشهود على كذا من
المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد
ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف
او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال
اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات
بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى
بمثله لمهابة مجلس القاضي فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل
بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة

فصار الكلام واحدا وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض
النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان
يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى
قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة
وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق
الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والآخر
بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي
الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث
لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا
عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة وله
انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على
كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان
شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف
لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى
والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة
والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا
الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت
الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا
وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابراته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف
وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه
قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان
شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال
وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة
كيلا يكون معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم

فشهد احدهما انه قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على
ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد
القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول

قال وإذا شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتل يوم
النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليس احديهما
اولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال وإذا شهدا على رجل انه سرق
بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصارت كالغصب بل اولى
لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي
من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض
من جانب آخر وهو لم يبصره بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه
والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر بالف
وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما لما
بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر
وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة والعبد
والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب
الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن
لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن
فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف
مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب
فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى
اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا
العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي
هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف اقامة البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت
ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على
قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره
وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة
مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة
بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت
في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما
ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر
القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه
معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة
قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة
الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به
ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز
الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان
كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز
عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين
على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل
شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على
شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق
آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه
حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد
الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي
بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد
ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القاضي وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز
لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول
شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال
لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ
اطول من ذلك واقصر منه وخير الامور اوساطها قال ومن قال اشهدني فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا
ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان
عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة
قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصول او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها
للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان
العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا
الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان
يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق
وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز

لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر
ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان
قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا
عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة
الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم
النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا
بانفسهم فشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا
شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا
انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات
شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي
الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في
الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة
الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين
البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية
والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم
التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الرواية
فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه
وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم
وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا
كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغا في الزجر
لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر محمول على السياسة

بدلا ذ البلغ الى الاربعين ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى
سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي
عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير وان اقرا انهما شهدا
زورا لم يضربا وعندهما يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو
المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادة

واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي
لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه
فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم
بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به
وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار **قال** ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص
بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة
على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى
المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا يقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا
باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض آخر وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال واذا
شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي
سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسبيب
عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ
الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض
فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق
ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
في هذا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع
احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة
والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال

لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع المال لبقاء
ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان
شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة
اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل
امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن
بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلاث
نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل نصف الحق والنصف على النسوة وعنده عليه الخمسان
وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي قدمنا ولو رجع الرجل فعليه النصف كله عندهما وعنده
عليه وعلى الراجعة اثلاثا على الاصل الذي قدمناه ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا
فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف
اليه الحكم **قال** وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا
فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند
الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار
مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا
اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض
وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا
ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن
الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب

ينوب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا
بشهادتهما **قال** وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية
العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء
وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود
القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف
المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة
وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف
قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت
منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد على شهادتنا
شهود الفرع لا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر
يحتمل الصدق فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا
وهذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة
الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع
نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان
عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء
ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع على الوجه
الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان
فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم
لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم
لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع **قال** وان رجع
المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود
خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا
بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض **قال**
واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين
خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان
القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ

فيه وعلى المثبتين بين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه
دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام
سلمة **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي
الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا وكل عقيلا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا
بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب
الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه
الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود
ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته
لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره وله ان التوكيل انابة وشبهة النيابة
يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة الى الجناية والظهور الى الشهادة
فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام
ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من
شبهة عدم الامر وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم
الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل
بغير رضاه وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم لهما
ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون
وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو
قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير
الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل
عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر
عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها اذا حضرت لا يمكنها
ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها **قال** رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون
قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان

الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب **قال** والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح **قال** رضي الله عنه في مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره عن شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل

من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال **قال** وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى آخر

دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس أن يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف
أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الأكل فبقي
على الوضع وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وإن كان فيما
بين ذلك فعلى الدقيق قال وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن
يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه فإن سلمه إلى
الموكل لم يرده إلا بإذنه لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن
منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم
إلى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه عقد يملكه
بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن
ذلك لا يجوز فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز
فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض
ولا يعتبر مفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول
لأن الرسالة في العقد دون القبض وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله
وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا
إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى
للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت إليه وقد علمه الموكل يكون
راضيا بدفعه من ماله فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط
الثمن لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله أن يحبسه حتى
يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لأن
الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز
عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل
إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب
عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء

الثمن فيسقط بهلاكه ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو
الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا
ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال
وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع
منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه
العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمهما الله ومحمد لم يذكر الخلاف
في الأصل لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال
فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه
بألفين ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بالزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء
العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون
له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال
ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد
عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني
وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه
ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن
مخالفا قال وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن
يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه إن
أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون
النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالإجماع وهو مطلق وإن أضافه إلى دراهم
نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد
إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر
وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا
في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإن توافقا على أنه لم تحضره النية
قال محمد هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند
أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد

فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر فيما قلنا وحمل حاله على
الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر
رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر
فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك
استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن
منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد
لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه
موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا
كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان
امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين
على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان
يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره بذلك لم يكن له لان الاقرار يرتد برده الا ان
يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه للمشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان
لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب **قال**
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع فيجري على اطلاقه الا فيما لا يتغابن الناس
فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم
الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء
كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا
لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام

الا دلالة والصريح يفوقها وقالا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد
بالمتعارف وهو فيما قلنا لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه
تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه
بها جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله
وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر
مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للآمر اذا
قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه على السواء
فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا يرى
انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان
يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من
شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق
لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا
قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا **قال** ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري
بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول
قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر
يتناول ما تساوي الفا فيضمن وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول للآمر اما اذا
كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل
والوكيل يتنزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المامور **قال** ولو امره
ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور

بالف وصدقه البايع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قبل التحالف لانه يرتفع
الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف وقيل
يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البايع والبايع بعد استيفاء
الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا
قول الامام ابي منصور وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال
الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد
اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه فلا يرجع عليه
الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين
للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ
عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة ثبت
الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه
في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف التوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه
لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما
ههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه
ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك
من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح
وكيلا عن غيره في شرى نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال
الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح
امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى
دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشرى شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر
وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق
يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال رحمه الله والوكيل
بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة
اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى

وكذا

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا
من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال رحمه الله
والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا
يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد
بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرى الفحم والجمد والاضحية بزمان
الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من
وجه وشرى من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول
ابي حنيفة على ما روي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير
ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة
شرى من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال رحمه الله والوكيل بالشرى
يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن في مثلها
لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان
وكيلا بشرى شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح
اذا زوج امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد
فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشرى لانه يطلق العقد قال رحمه الله والذي
لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات
ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل
في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال رحمه الله واذا وكله ببيع عبد فباع
نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه
لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع
النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا
باع الكل قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه وقع وسيلة فلا يجوز وهذا

استحسان عندهما وان وكله بشرى عبد فاشترى نصفه فالشرى موقوف فان
اشترى باقيه لزم الموكل لان شرى البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان
موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر
البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشرى
يتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر
بالشرى صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال رحمه الله**
ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا
يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان
القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل
اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ مثله
البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء
وقولهن وقول الاطباء حجة في توجه المخاصمة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى
لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة **قال رحمه الله** وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث
مثله ببينة او باباء يمين لان البينة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن
علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر فان كان ذلك باقرار لزم المأمور
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له
ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث
مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له
ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد
بغير قضاء باقرار يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة
الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد
ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة باطول من هذا
قال رحمه الله ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور
امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا
دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول

المضارب

المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة
فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل
الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة بالبيع
رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم **قال** ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال
عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين
لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل**
واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا
في تصرف يحتاج الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما
لا براي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الراي
في الزيادة واختيار المشتري **قال** الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع
فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم
الخصومة **قال** او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او
برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي
بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها
ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك
مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما **قال رحمه الله**
وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل وهذا
لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء **قال** الا ان ياذن
له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا
جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل
بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي **قال رحمه الله**
فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راي
الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فاته

رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر
الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا
وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير
الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم
يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة
مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر
يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح
غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه
ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق
يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلمة فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي
فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف
على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة
ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كأنه لم يزل كان
مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر وهو يقول رضي بخصومته
والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك تمامه وتمام
الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء
وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع
والفتوى على ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا
لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة على ما مر
قال والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقيمت عليه البينة
على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا
بالقبض رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ

او قبض الدين بنفسه لا يتصور ذلك الا انه جعل استيفاء العين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ
الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة
حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل
مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها

قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان
الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى
الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه
مقام الموكل في القبض فتقصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة
على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده
كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت
المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده
حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد
استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه عند غير القاضي ايضا
وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه
مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك
الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذلك لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد
بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح
قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز
موجود على ما نبينه فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف
انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق
يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه
وتخيير الطالب فيه ثم بعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا
يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة
او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه
سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت

على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان
قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا لنفسه فتنعدم بانعدام
لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين
فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن قال
اني وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على
نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين
ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد
الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه
اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال
الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة
اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم
لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة
فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة
وهذا اظهر لما قلناه وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب
لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على
رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض
ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه قال ومن قال اني وكيل بقبض
الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين على
ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه
المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث
ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه
ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه

قال فان كان وكيلا بقبض الدين فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه
نائب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري
لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض
على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد
ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في
الفصلين ولا يؤخر لان التدارك عندهما ممكن لبطلان القضاء وقيل الاصح
عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري
لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر قال رحمه الله ومن دفع الى رجل عشرة
دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا
استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا
تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال رحمه الله فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه
جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق
اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح
وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده
قال رحمه الله وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار
الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء
فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون
مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا
بما يسقط به الصوم وعنه انه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس

فصار كالميت وقال محمد هو كالحي لانه يسقط به جميع العبادات فتقدر به احتياطا قالوا
الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا
وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما
تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في
السير فان كانت الموكلة امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار
الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب
ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة
على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز
والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل
بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان
يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد واما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة
لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض
اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية الاصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك
وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد
الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه تعود
كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال
وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده
او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله
بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع
فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها
بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا
تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده
فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه
لان بيعه بنفسه منع له عن التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة لان

الوكالة باقية لان الاطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع
لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره
فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى قال رحمه الله

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما
من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب
وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير
حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد
في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق
من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول قوله مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال رحمه الله
ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام
بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف
احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بالتعريف
شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف
ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب
الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار المدعى لما قلنا واليمين
اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وان لم تكن حاضرة
ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به
وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة
ذكر الانوثة والذكورة قال رحمه الله فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد
المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار
الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب
الحدود الاربعة وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود
فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك اذا تركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط

في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما
اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده
بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار
عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه
لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا
بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول
في يده بغير حق وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب
الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال
واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف
قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي
البينة لقوله عليه الصلاة والسلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب
اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها
قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها
لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى انه اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وعند ابي يوسف يستحلف لان
اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت
الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله
فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمهما الله فيما ذكر الطحاوي قال رحمه الله
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي قال رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك
المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر
ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان

اليد

اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال رحمه الله
واذا نكل المدعى عليه قضى عليه بالنكول ولزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن
اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب
ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول
وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما
المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قلنا هو الصحيح والاول
اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه
حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال رحمه الله
وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف
عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء
والحدود واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فصورة الاستيلاد
ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى
ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه
يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار
يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى
الحد ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا
اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال رحمه الله ويستحلف السارق
فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول
والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان قال رحمه الله

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر
في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط
والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب
المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق
المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن
اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت
به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا
اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري
فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال
للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع
اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به
كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك
ثلاثة ايام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل
واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر
بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه
وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي
بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب
لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كي لا يذهب حقه
الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء
منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر
ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام

الكفيل

مقدار صح

من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله
قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من
العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان
يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين لان المستحق
يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على
المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في المال الخطير دون الحقير قال رحمه الله
ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى سبحانه وتعالى عما يقول الظالمون
قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي
انزل الانجيل على عيسى لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل
التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني
نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا
بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين
لان كتب الله معظمة والوثني لا يستحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله
كما قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على
المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي
ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وانه مدفوع قال
ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف
بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق رده
عليك ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالبيع والهبة وفي النكاح
بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله
ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد
الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض

بما ذكرنا فعندهما يحلف على الحاصل وهي مسألة هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان
فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان يدعي مبتوتة
نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي واما اذا كان سببا
لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق بدار الحرب
وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا
فادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى
يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان وليس له ان يستحلفه على
تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف
البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في
الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها كانت البينة المثبتة للزيادة
اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى
زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما
لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع
بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدى بيمين المشتري وهذا قول محمد

وان اقام كل واحد منهما بينة صح

وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا
لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين
البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول
اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف
البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم
له قاتلا قال فان نكلا فسخ القاضي بينهما البيع وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي
قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من
الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى
الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته
قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض
الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر
في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو
يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن
موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه
لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان
هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول
الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر

ينكره وانه يفيد زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا
كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب
بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد فلم يكن في معناه وفائدة دفع
زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان
لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له
مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن
لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول
المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد المشتري
الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى
ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رحمه الله
ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها
فلا يبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته
من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهو يعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج
بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان
المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه ولا ياخذ من ثمن
الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به
المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين
المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا
يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا
ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف

ودفع ثم

ورد الشرع به ثم

والصحيح

والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع
وان حلف البائع بالله ما باعهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى
المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم
المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في
قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان
اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط
عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول
البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع
اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو
ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان
حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي
البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما
والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين
لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف **قال** ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه
ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل
القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه المشتري ولو قبض
البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا
يحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما **قال** واذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة

تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة
معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المراة وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح
لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان
كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل
ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعت المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج
واقل مما ادعت المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا
الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار
له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج
عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد
والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسالة المتقدمة الا ان قيمة الجارية ان كانت مثل مهر المثل
يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال
وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا
في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل القبض وكلامنا قبل استيفاء المنفعة وان وقع
الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة
يبدا بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما
فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر
اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا
بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا
بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله
لان الهلاك انما يمنع عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى
التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين
حينئذ انه لا عقد واذا امتنع فالقول قول المستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه
وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي

وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير
كل جزء من المنفعة كان ابتدا العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا
تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة
لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي
لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره
العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره
فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق
اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة
فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان
في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمراة
كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان
المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها
لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح
او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال
والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج
ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة
مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة
وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء
لقيام الورثة مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة
لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان
لهما يدا معتبرة في الخصومات فصل فيمن لا يكون خصما وان قال المدعى عليه هذا
الشئ اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك
فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده
ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم

الخصومة ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم تثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع الخصومة بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد الشهود عليه فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده وهذه مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة ولو قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها والله اعلم

باب

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين اختصما الى رسول الله في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء بالاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به فان وقتت

احدهما ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى
ومعناه انه قرينة لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات
فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال رحمه الله وان ادعى احدهما
شراء والاخر هبة وقبضا معناه من صاحب اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء
اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع
الاخر به فان وقت احدهما ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك
الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا
ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه قرينة لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا
لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة قال رحمه الله وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من صاحب
اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض
لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع
ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال فيما لا يحتمل القسمة صحيح
وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ
الهبة في الشائع وصار كاقامة البينة على الارتهان وهذا اصح قال رحمه الله
واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما
في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء
اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما
رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك

صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكان البيع اولى وكذا الهبة
بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه قال
ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على التاريخين فالاول
اولى لما بيناه انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما بينة على الشراء من اخر
وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين
لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض
من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة
قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من ملاكهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة
على الملك المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد
بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا
على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج
اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم
كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان
بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي
من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها
فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى
لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض
ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل

غير الاولية والترجيح بالسبق كما لو ادعيا الشراء. ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضمنه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء. ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا. ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص

قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل

قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار

عنده

عنده لهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر

قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين حجة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات

قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح

وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا **قال** واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الآخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق **قال** واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال اني حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عن نفسه وهو بمنزلة متاع **قال** بخلاف ما اذا كان يعبر عن نفسه فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان عليه جذوع احدهما اقل من الثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع لا الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى من اليد ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق الوضع لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني **قال** اذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها **قال** واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود ولعلها لغيرهما فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوة وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة

استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه
لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب
ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت
حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به
لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا
ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه
واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى
لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت
به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد
الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان
الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف
اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام
ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما
متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته
من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان
الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع
من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل
وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها
وكما في المستولدة بالنكاح وفي الوجه الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع
ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق
النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد

بثبت

ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد
كل الثمن هو الصحيح كما ذكرناه في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله
من حق الدعوة لا يحتمل فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او اجره
او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت
من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين
ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت
نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور
علوق الثاني حادثا لانه لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان
في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع
الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فيثبت
نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فيثبت ان عتق المشتري
وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك
يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية
الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر
على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان
مما لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء
اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما

اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة
فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما
لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فلم تمتنع دعوته كمن شهد على
رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر
له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له
ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء
من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى
المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا الفصل مخرج على اصله فيمن يبيع الولد
ومن عليه الدعوة منه فينقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره **قال** واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني
وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر
لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي
عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن اكتسابها لانه ليس في وسعه اكتسابها
ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين
قال واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على
الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على
الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية
فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان
النبي عليه الصلوة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد
من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في كتاب الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة
قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان
لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم
فيغني ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها و
زعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام
الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب
في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب
بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا

في يد

الحرية

لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده
فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ
امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه
رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع
كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات
الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس
ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود
المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته فيغرم قيمته كما اذا كان حيا
ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء
منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم
ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام
ماعزا الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر
على غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له
وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح في الحدود
والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق
عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل
الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار
الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه
ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية
حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر
له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره
وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن
الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال**

كسلامته فيمنع بدله

وهي الغامدية

الى بدله

والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان
علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا
على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في الكثير
والقليل لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه
لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند
الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب
السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من
الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمسة وعشرين لانه
ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة
لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل
من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله
ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون
هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح
الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن ولو قال كذا كذا درهما
لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين
لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل
كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو
فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع
يزاد عليها الف لان ذلك نظيره وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي
صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة
ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان
اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة
اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار

بالامانة

بالامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك متنوع الى مضمون وامانة
فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها
او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه
قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه
الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء
لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب
وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين
مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه
بماله وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر
بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالف درهم سود لانه صفة فيه وقد
مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين
على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب
واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة
مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها
كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا ذكر الدرهم في كل عدد
واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب
بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب
وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان
لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا
اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير
فكان كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في
الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة
في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب
المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير
مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام
في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم

والقضاء

يتناول الكل ومن اقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف يتناول الكل ومن اقر بحجلة فله
العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا
لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم
في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب
واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان كلمة في تستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى
فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء
فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب
والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وعن الحسن انه يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة
فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان
وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه
فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة
يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة
ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني
لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا **قال** وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف
ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون
واحد المتفاوضين عليه فيصير كانه صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل
شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن
اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار لا يليق بالاخبار لانه لا يتغير باختياره ولانه
للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط
الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن
لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل
الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في
الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا
قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله ولو قال له علي مائة
درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء
ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من
حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر
والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب
بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى
من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح
قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان
الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان
الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا
في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر
او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له
في الاجل يكون المال حالا **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له
الدار والبناء لان البناء داخل فيه معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ
والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي
والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال
بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا
حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو
قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له
ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها
هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه

اي بين عبادي

وبهذا في الدينار

وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المولى شي
لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان
لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر
واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه
لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل لانه
رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير العين ينافي (رجوع م)
الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه
عند الاختلاط بماثله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك (معنى م)
كان رجوعا وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه (فلا يصح م)
شي وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه
باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو
البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض وهو ينكره
فالقول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا
ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع
القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير
ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل
تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شي لانه بين
بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله
قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه
الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان قال موصولا يصدق وان
قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى
هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط

والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه
الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال
الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار
كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة
ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة
يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء
البناء بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد
يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه
اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق (بالاجماع م)
لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى (عنده م)
العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال
اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق فصل ام وصل لان الانسان
يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع
فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالعيب كان القول قوله
وعن ابي يوسف رحمه الله في الغصب انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب
او الوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال (ان فصل م)
في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل يصدق لان هذا
استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ
يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب
ثم جاء بثوب معيب فالقول له لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر
اخذت منك الفا وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن ولو قال

اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان
وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي
الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان
القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل
الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين
يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا
للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث
يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان
بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا
فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي
فانه يأخذها لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو منكر والقول
للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول
الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان
ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي
فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه
الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون
اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات
اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة
والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته
ولا كذلك في مسألة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير
صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر
الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها
لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار وهذا بخلاف
اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها

وذلك

وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا المقبوض عين
ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذا الزرع او بنى
هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال
المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له
بيد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك المقر فادعاها فلان خاط لي قميصي هذا بنصف
درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه
وقد يخيط ثوبا في يد المقر بان يكون في بيته

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله
دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر
عن العقل والدين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف
مبايعة او مناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق
الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق
التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي
الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة الحجر فيفترقان واما تقديم
الديون المعروفة الاسباب فلانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك
مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها
وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين
في يده لآخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان
يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق
الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه
او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت تعلق الديون
المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في

صحيح وانما رد في حق غرمائه الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية للوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ثم هذا التعلق حق بقية الورثة واذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره **قال** واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل الاقرار ومن اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوى النسب يستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقرارا لاجنبية ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار للوارث مسدود فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر لغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط التصديق لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير

على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل في الولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او يشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق مستند الى اول الاقرار **قال** ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لم يثبت اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا يرى له يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لآخر كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن لكنه يقبل في حق العتق ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباهما قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية

في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا التصديق ح

لم يقبل ح

ان ح

من ح

الا انما تقاسماه وقفا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر له يرجع على القابض بنصفه ثم يرجع
القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع
سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق
قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم
حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار وسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان
البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع
المال لقطع الخصومة عن نفسه وهو رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل
آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان
هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه
وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ
المال وقاية للانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز فان وقع الصلح عن اقرار
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال
بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجب فيه الشفعة اذا
كان عقارا او يرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة
البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود بمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة والصلح عن السكوت
والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى
المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة
في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار
والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار
لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على
اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف
ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا
عن ماله فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه

يكذبه

يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه
بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة محضة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا
وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة
ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه واذا
ظهر الاستحقاق يتبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر
عن العوض وان استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان
استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله
او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى بخلاف ما اذا باع منه على
الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له ولا
كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب
في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق
بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا
استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما بيناه في البيوع
ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو
على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير
ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

قال والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها
تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل انه يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها
احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما
الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قال ابن عباس انها نزلت في الصلح عن دم العمد
وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا لان كل واحد منهما مبادلة بغير مال الا
ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء
لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي
ويجب مع السكوت حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها
وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان حق الشفعة حق التملك
اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطلت

الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال
عنه بالصلح غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه اما القتل
وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير
الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض
في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد المقادير فصالح على
جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح
ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة
على ما يتعين **قال** ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق
الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى الطريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز
ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان
المغلب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته
على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا
في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له فيما بين
الله وبينه اذا كان مبطلا في دعواه **قال** وان ادعت امرأة نكاحا على
رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رحمه الله هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر
وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها
المال ليترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم
يصح **قال** وان ادعى رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان
في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا
يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانه لم يقر العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت
الولاء **قال** واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح
عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته
ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصه بمال المولى وصار

لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فتعين الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية مع

كالاجنبي

كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل
عن ملكه وهذا اشتراء فيملكه **قال** ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه
فصالحه منها على مائة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس
فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها يكون ربوا بخلاف ما اذا
صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه
لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق
حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان
ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان
اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال**
واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته
فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة
في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف
ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم
يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل المسئلة اذا كان الصلح
على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه
كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما
اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه
ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي
والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون
متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق
في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي
هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا
لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول
مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه

عن دم العمد او كان الصلح عن

بالمال

الالف وان لم تجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل
الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقي عاقدا
من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رحمه الله ووجه آخر ان يقول صالحتك
من الالف وعلى هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه صار شارطا سلامته
له فيتم العقد بقبوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح
لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان
لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها
ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلم رجع عليه ببدله والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة
لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على
آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة
زيوف جاز كانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن
ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة
الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل
نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه
على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحق بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة
لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان
المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن
الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض
غير مستحق بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة
المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف
درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح لانه امكن ان يجعل اسقاطا
للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او
لان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال اذا اديت

منها خمسمائة غدا على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه
الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء
مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء
لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود
كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ
باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه
وكلمة على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند
تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان
كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه
وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثانية اذا قال صالحتك من الالف على
خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف
عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا
قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى
الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه
يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة
لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه
يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال
اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء
ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء
غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة
ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان
اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء
لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد **قال** ومن قال لآخر
لا اقر لك بمالك حتى تؤخر عنه او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة
اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان

اتبع الذي عليه الدين وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين والاصل في
هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه
في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة
الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة لكنه قبل المشاركة باق على ملك
القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن
لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة
واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا
فنقول في مسئلة الكتاب ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض
قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك **قال** ولو استوفى نصف نصيبه
من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما
لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من
الدين سلعة كان لشريكه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع
على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع
الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه
بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض
لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي
على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا
بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما
عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض
وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر
الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد **قال** واذا كان السلم بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجوز
الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه

لو جاز

[الحاشية: ولو وقعت المقاصة بدين كان له عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك صح]

لو جاز في نصيبه خاصة تكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف
شرى العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما
برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه فيكون
فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه بخلاف شراء العين على الوجهين لانه موجود في العقد
ولا يؤدي الى عود الساقط قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق **فصل** في التخارج واذا كانت
التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان
ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية
امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** واذا
كانت التركة فضة فاعطوه دينارا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه
بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان
الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض
الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد
ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة
احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم
ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض
للصرف **قال** واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان
يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه
وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح
فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز
واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه
من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانه
لا يفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين

[الحاشية: تماضر الاشجعية]

مستغرقا لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا
لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب وهو السير في الارض
سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة
الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي
عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى
المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل
فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا
فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة بمال من
احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من
الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان
بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا **قال** ولا يصح الا بالمال الذي
يصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة
في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا
اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل
على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعروض
قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة
لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة **قال** فان شرط زيادة
عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه
ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا
هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف
خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير
يجب بتسليم المنافع والعمل وفيه وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة

الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتبطل الشروط كاشتراط الوضيعة
على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه
لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد
الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في
الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لا تنعقد الشركة وشرط العمل
لرب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود
سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء
يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان
اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا
واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن
من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا
مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال **قال** واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد
صنوف التجارة وما هو صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع
والمسافرة الا ترى ان للمودع ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل
عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه ليس له
ان يسافر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر
لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده
لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب الا ان
رب المال او يقول اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك
ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه
فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه
هو التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل

فلا بد

باذن

العرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط
بمال نفسه فيه حل تحت هذا القول **قال** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه
او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا
ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا
يملك تفويضه الى غيره **قال** فان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان
ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي
عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة
على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر
كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا رواية
الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر
الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد
الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية
اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذلك اذا قال خذ هذا
المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال
خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل في الكوفة
فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان
يشتري من فلان ويبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة
بخلاف ما اذا قال على ان يشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان
يشتري من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد
عرفا لا فيما وراءه ذلك **قال** وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه جاز
ويبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد
بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة
بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء

الخمر

الخمر وشرى الميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه
لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع
التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا لنفسه فيضمن
بالنقد من مال المضاربة فان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف
اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه
ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء
يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست
ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** وان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت
قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين
وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح
لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد
مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي رأس المال لا يظهر
الربح كذا هنا فاذا زادت القيمة في الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم
الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاخبار فجاز ان ينفذ عند
حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت
النسب عتق الولد لقيام ملكه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت
بالنسب والملك والملك آخرهما وجودا فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان
اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين
وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما نصفان
فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي
نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في
الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت

من جهته م

في بعضه م

فتكون بينهما

بالنكاح وتوقف نفاذه لفقد الملك فاذا ظهر الملك ظهرت تلك الدعوة وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك
لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب
شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال مضاربة الى غيره ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا بتصرف المضارب حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال
زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على
وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة
وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل
ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا اذا ربح
فحينئذ اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة
صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله
فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن
الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب
المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق بين هذا وبين مودع المودع ان المودع
الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه
فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من
حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه
وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته
في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول
فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بالعمل
ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث

قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفع الى
غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما
رزق الله بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب
الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه
وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما
ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر
غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان
فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه
فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله للاول وقد رزق الثلثين فيكون
بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له ما ربحت
من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه
من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول
الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف كله الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير
شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب
الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب
الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم
ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه
وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فيستأجر غيره بدرهم
ونصف

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب
المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة
خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية
اخذ ما اودع العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون
واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف
اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة

يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب نعوذ بالله بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وانما ينض بالبيع **قال** ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم قد نضت لم يجز ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها **قال** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة **قال**

وما هلك من مال المضاربة فمن الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس المال واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا وان كانا اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه

فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد
ولا بقوله اعمل فيه برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري شيئا
بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال
زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى ولا يشتغل ذمته بالدين ولو اذن له
رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفتجة
لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض ولا يزوج عبدا ولا امة
من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب
الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق بمال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا **قال** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى
رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد لان رب
المال يتصرف في نفسه ولا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه
ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا
عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء
لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان
المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه
يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل
المضاربة الاولى **قال** واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال
فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراء وكراء ووجه الفرق بينهما
ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه
وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله
اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف
المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع **قال** ولو بقي شيء في
يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه
دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوق في المصر

وركوبه صح

وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي الصرف
الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة
يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى
يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة
الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض
المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها **قال**
واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب
ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق
الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني
لا يوجبها **قال** فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة
من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه المقال
على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع
كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه
ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار
شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه **فصل آخر**
وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا
فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد
للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة **قال** رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب
لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال
بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح
وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه
للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن
لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيخرج
نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة
امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة
ويكون رأس المال الفين وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين
لانه دفع م[illegible] كرة الفا

اشترى بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة
آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى من
رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي
بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو
اشترى المضارب عبدا وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ
فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك
فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا
ظهر الربح وهو الالف بينهما والالف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا
فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال
لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة
تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق
الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء
كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما
ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم فان كان معه الف فاشترى بها عبدا
فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع
لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه
فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة
وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع
بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء فامانة
في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا
يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال
دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك

الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال
وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع
الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول
قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع
ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد
من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل تقبل منه لان البينات للاثبات
ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح وقال فلان
هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او شرطا
من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب
لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في
نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم
والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو
ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر
الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين
ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا
هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ولا على المستودع غير المغل
ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله
لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان
حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي
تختلف في الامانات ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره
ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في
داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة
اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا

جنبية لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن
في الايداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد
بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه **قال**
وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة وقالا اذا
خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل خلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة
بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين
الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق
المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما
لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بالمائع فعند ابي حنيفة
ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر
في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة وعلى هذا الخلاف
خلط الجنس وكذا خلط الدراهم والدنانير بالاذابة لانه يصير مائعا بها **قال**
وان اختلطت ببعض بغير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا
لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة
فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى
يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه
وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره
للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك

قال

قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع
العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود
احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع
كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد
الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته
قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك
في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق
امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي لهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل
ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المعتاد وهو الحفظ
في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة
امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة
يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد فان نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بالوديعة ضمن لان التقييد
مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قال** واذا اودع رجلان عند رجل
وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة اودعوا رجلا الفا فغاب اثنان
فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في
الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له
ان ياخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة انه يطالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه
الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له ان ياخذه

قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة
عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه
اليه **قال** فان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفع احدهما
الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ
احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين
بالشرى اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل
الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك
فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا
يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع آناء الليل واطراف النهار وامكنهما المهايأة
كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال **قال** واذا قال
صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير
اذا نهاه ان يدفع الى احد من عياله فدفع الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت
الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة
هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد
لان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد
فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن
لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت
بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ
فيه عورة ظاهرة صح الشرط **قال** ومن اودع رجلا وديعة فاودعها غيره فهلكت
فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن
ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب
وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض
فيتخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك

فالعمل به متعذر

نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله
انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا
فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى ولم يوجد
منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في
يده الف فادعاها رجلان كل واحد انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما
فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمال
الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير
الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع
بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف
لا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف
للثاني فلا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه
فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف
وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب
لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل
منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف
حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الشيخ
علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بالقرعة او بنفسه وكل ذلك لا يبطل حق الثاني
وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته
محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم يحلف
للثاني ما هذا العبد له لانه لا يفيد بعدما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك
هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف
بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له
فهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان
وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها
تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك

يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان يقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك
يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل
المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره قال
وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك
الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة
الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه
جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه
بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة
والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
لم يتصل به القبض فيصح الرجوع والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي
لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع
فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا
ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض
لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه ولا يصلح سبب الضمان والاذن وان ثبت
لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة
المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس
للمستعير ان يؤجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط
من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فابطلناه فان آجره فعطب ضمنه حين سلمه لانه اذا لم تصح الاجارة كان
غاصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن
المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملكه ويتصدق بالاجرة وان ضمن المستأجر

يرجع

يرجع على المؤجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم
قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
ليس له ذلك لانه اباحة المنافع على ما بيناه من قبل والمباح له لا يملك الاباحة
وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في
الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرناه فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في
الاجارة فتجعل كذلك دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني
ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه ولو امسكه بعد مضي الوقت
ضمن عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع
عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير
غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه بنفسه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان
الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى
تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت ولان من
قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق
الاعارة واما اذا عين الجهة فان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها
دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل
بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس
جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما
الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير
شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان

في الاعارة م

والشعير غير الحنطة م

ويركب م

منفعة م

المستعير مغرورا من جهته حيث اطلق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد ويضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في مختصره وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤاجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه **قال** فاذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عينا فردها الى دار المالك ولم يسلمها اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه **قال** وان استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى العبد

وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدابة وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا فان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة **قال** ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانه يخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى هذا انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح **قال** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا تنعقد بقوله

اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على
هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى
ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث
فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه
الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند
نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى
او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية
كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة
فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين
فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها
مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له
قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم
جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع
وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له
وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه
في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب
ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل
القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به
ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت
العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد
والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقد ضمان فناسب
لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب
من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا

مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده
لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة
لما ذكرنا فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم
ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد
باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة
اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في
النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض
كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان
لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه
منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة
غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها
الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان
في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا
او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا
كالهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك
كل من يعوله قال وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك
عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم
هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء
ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز
لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى
الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له
عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض
نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه
نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد
الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما اذا قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب
او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب

النافع صح

كان صح

جامع الفتاوى

ومع حضوره للضرورة قال وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لأنهما
سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق
الشيوع كما إذا رهن من رجلين دارا وله أن هذه هبة النصف من كل واحد
ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولأن الملك يثبت لكل منهما في النصف
فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد كملا فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما
لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين
أيضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد تمليك
بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الأصل سوى فقال وكذا
الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على
هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة
يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في
الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر
ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها
وللآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان فأبو حنيفة مر على أصله
وكذا محمد رحمه الله والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض
يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا
رهن من رجلين ونص على الأبعاض

باب الرجوع في الهبة

وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها
لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولأن الرجوع
التمليك والعقد لا يقتضيه بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه
لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم
يثب منها أي ما لم يعوض ولأن المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت ولاية
الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع
وإثباته للوالد فإنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب لبيان الحكم

إذ الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم
للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة
متصلة لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة
لعدم دخولها تحت العقد قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب
له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته وإذا مات الواهب فوارثه
أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه قال أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لأنه حصل
بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه قال فإن وهب لآخر
أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان
ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة
وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد
زيادة أصلا وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها
فلا يمنع الرجوع في غيرها قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي
لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئا منها فله أن يرجع في نصفها لأن
له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الأولى قال وإن وهب
هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي
رحم محرم لم يرجع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب
أحد الزوجين للآخر لأن المقصود منها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا
المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها
بعدما وهب فلا رجوع قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا
عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع
لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن عوضه
أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض
لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع وبدل الصلح وإذا استحق نصف
العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله
يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع
إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال وإذا وهب دارا فعوضه

عن نصفه رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في حق الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في الخلع والنكاح والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يمكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعد مماته لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهي لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه

التصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين
في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب
فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارة

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة
بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها
الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم
من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار
اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم
عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح
حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه
وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون
ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع
وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه
عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا
كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله
اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة
ولتحقق الحاجة اليها عسى وفيه خلاف الشافعي الا ان في الاوقاف لا تجوز
الاجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار
قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطة ثوبه
او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين
الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل
كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت
قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر
رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع

الذي

الذي يحمل عليه صارت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او
بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك
بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت
الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة
تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها
لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع
يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام
تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد
فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة يسقط الاجر بقدره اذ الا
نفساخ في بعضها ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه
استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه
بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال
ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر
رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها
كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق
الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى
ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا **قال** وليس للقصار
والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير
منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر
قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه
لازم ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى
يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج

بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة صح

في الاجارة

او عجل صح

القول صح

لا اجر له لانه قبل التسليم وان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثله دقيقا ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج

قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد فيه الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع

قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة ويجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين واذا استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجرة في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لا بحمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجر رجلا ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة

قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت

والزرع يبقى حتى يدرك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن لها نهاية معلومة فأمكن
رعاية الجانبين **قال** إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا
ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير
رضاه **قال** أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا لأن
الحق له فله أن لا يستوفيه وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض
رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر **قال** ويجوز استئجار
الدواب للركوب والحمل لأنه منفعة معهودة معلومة وإن أطلق الركوب
جاز له أن يركب من شاء عملا بالإطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا
ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل والناس يتفاوتون
في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه وكذلك إذا استأجر ثوبا للبس وأطلق
فهو على ما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وإن قال على أن يركبها
فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا لأن الناس
يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف
المستعمل لما ذكرنا وأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن
يسكن غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا
قال وإن سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة
فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم لأنه دخل تحت الإذن
لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الأول وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة
كالملح لانعدام الرضا فيه وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل
عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع
من الظهر والقطن ينبسط على ظهرها **قال** وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا
فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف
عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن لعلمه خ
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون
فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملا لا يطيقه مثل
تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن طاقة الدابة

وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
إذا فعل فعلا متعارفا لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا
بإذنه فلا يضمنه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق
السوق بدونه وإنما هو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وإن
استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة فنفقت فهو ضامن
وكذلك العارية قيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي
العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى أما إذا استأجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وقيل الجواب في الوديعة خ
مجرى على الإطلاق والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الأمر بالحفظ بعد العود
إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ
مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال لا مقصودا لم يبق هو
نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك
إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وإن كان لا يسرج بمثله يضمن لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا وإن
أوكفه بإكاف لا توكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى وإن أوكفه
بإكاف توكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان
توكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به إلا إذا كان
زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار
كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من
جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لم ينبسط
عليه الآخر فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وإن استأجر حمالا
يحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع
فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجرة وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن
عند ذلك التقييد غير مفيد أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإنه مفيد إلا أن الظاهر التفاوت خ
عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وإن كان طريقا لا
يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع

اختلاف معنى وإن بني صورة قال وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن
استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطاب أضر بالأرض
من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر
فيضمن ما نقصها ولا أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه ومن دفع
إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن
شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو
ذو طاق واحد لأنه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما
يتقاربان في المنفعة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف
جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه فإنه يشد وسطه وينتفع به انتفاع
القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب
أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر
الإجارات الفاسدة على ما نبينه إن شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل
وقد أمره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والأصح أنه يخير
للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمره بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه
يخير كذا هذا والله أعلم

باب الإجارة الفاسدة

قال الإجارة تفسدها الشروط
كما تفسد البيع لأنه بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ والواجب في الإجارة
الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر يجب بالغا ما بلغ اعتبارا
ببيع الأعيان ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة
في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما إذا
اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة وإذا نقص أجر المثل لم تجب زيادة
المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهو الموجب الأصلي
فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا قال ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في
شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمي جملة الشهور معلومة لأن الأصل
أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر
الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء
العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة قال

فان

فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي
(ينقضي صح)
وكذلك كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن
الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر الرواية
أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار
(سنة صح)
الأول بعض الحرج وإن استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسم قسط كل شهر
من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه
جائز وإن لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم
شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء
فأشبه اليمين بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له ثم إن كان العقد حين يهل
الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها هي الأصل وإن كان في أثناء الشهر
فالكل بالأيام عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد رحمه الله
وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة
وهي في الأول منها وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة
(أخذ صح)
وهكذا إلى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز أخذ أجرة
الحمام والحجام أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال
النبي عليه السلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روي أن
النبي عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجر ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع
(فحلا صح)
جائزا قال ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث
لقوله عليه السلام إن من السحت عسب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال ولا الاستئجار
على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص
بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير
لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن
ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام إلى عثمان بن أبي العاص وإن
اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا ولأن القربة متى حصلت وقعت عن
العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة
ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على
تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه

لهم التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استئجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة
رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا
يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين
وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي
يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه والتهايؤ انما
يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وفيما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث
على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن
عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف
ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ
قال ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان
العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة
الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو
ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجرة والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد
على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر
عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة
معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز
والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر
شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه
تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس
الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم

ان

ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره وصفته جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصاف الاثمان
ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرناه
في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه
انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال
وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال
حقه الا يرى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان للمستأجر منعه
من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا
خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم ان يفسخوا ايضا
اذا مرضت وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص
عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله
ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة قال وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن
دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز
الطحان وقد نهى عنه النبي عم وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها
وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان
المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد
هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله
الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر
قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه
رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا

ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع
المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود
عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة
الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه
منفعة لاحد العاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مؤجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم
قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بمرة بالكراب والمدة سنة واحدة وان
كانت ثلث سنين ولا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل
المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال
وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله
هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا
بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة
والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام
بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا
جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل

فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود
عليه لا يجب الاجر ولا شيء من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق
التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها دون
وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه
امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا
ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه
معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان
الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما
اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا
الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا
ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة
وان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان
اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا
للفساد اذ الفساد قائم بعد **باب ضمان الاجير** قال الاجراء على ضربين
اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ
لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه
لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان
هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من
شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله
عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه
العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من
جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان
العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم
يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا

لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر
قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان
عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم فصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة
الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا
فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه
يعمل بالاجر فامكن تقييده به بخلاف اجير الوحد على ما نذكر ان شاء الله تعالى وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه به فكان من صنعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في
بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله وان شاء
ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا
والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا
انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا
الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا
عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي
الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او
بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع
الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت وحجام حجم عبدا باذن مولاه فمات
فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز
عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم
نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه
لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا

يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف
في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا
ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما
لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة
فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره
بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا
لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان
خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل
من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم
وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك
هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين
مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا
اذا خيره بين ثلاثة اشياء فان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط لان الاجر
انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان
خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع
الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد
الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة
شيء واحد وقد ذكر في مقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان
ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر
اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل
والتاخير في ذلك مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله
ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول
ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى

اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن
التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع
النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه
الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال إن
سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز
وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالا الإجارة فاسدة وكذا
إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدادا فبدرهمين
فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم
فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها
إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم
فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول
وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية
والرومية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل
يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة
رحمه الله أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية
وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا يرى أنه لا يدخل ذلك في
مطلق العقد وكذا في أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة
ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن
يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق
ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار
ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا
كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ
منه الأجر وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز
لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان
أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع
مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه ومن غصب عبدا

فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله
أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق
الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وإن وجد المولى الأجر
قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه
مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين
شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا
ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجيز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي
الأول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر
الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك
إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول
قول المؤاجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيرجح بتحكيم الحال إذ هو دليل على قيام ما ثبت منه
وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة في نفسه وأصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة
وانقطاعه

باب الاختلاف

وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب
الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ
أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول
لصاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته ألا يرى أنه لو أنكر أصل الإذن كان
القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه قال
وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء
أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه
لأنه بمنزلة الغاصب وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر
فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم
بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف
إن كان الرجل حريفا له أي خليطا له فله الأجر وإلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة
الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله إن كان الصانع معروفا بهذه
الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص
على الأجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه منكر والجواب

لا بل أمرتني

وكذا الخيرة في مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب
أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله مجمع

فاستحق بهما ان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه **قال** واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رحمه الله ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما ذكرناه من المعنى **قال** ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمواجر فلا يمكن التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المواجر بعد مضي بعض المدة **قال** وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو

فلا يمكنه

كمن

كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيندفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه فاما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة

فيه صح

لظهور العذر صح

السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا
اذا اطلق لما انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ
المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر مسائل منثورة ومن استأجر
ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه
غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة
ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه
قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز
لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك
المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة
جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي
ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل
تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا
لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضا قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد
فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق
فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم بالصواب كتاب
المكاتب قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر
ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط
اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح
لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق
الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضه ويعتق باداءه وان لم

المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال
حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لان المسلم اليه اهل
للملك فكان احتمال القدرة فيه ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت
ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه
الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم
فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد
في الرق قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق
الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي
يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان
لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره
لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما
اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان
هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر كذا
فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك
بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال
واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى
الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج
عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق
ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه
عتق بعتقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها
صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من
جانبها والى الحرية من جانبه بناء عليه ومنافع البضع الاجزاء والاعيان وان

جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى
كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض
المبتغى بالعقد فصل في الكتابة الفاسدة قال واذا كاتب المسلم
الكتابة ع
عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة
مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب
او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة
فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء
القيمة ايضا لانها البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء
عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا
معلقاتهم
كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان
الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء
البدل المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر
فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى
في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد
قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد
عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل
حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة
لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا
كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على
شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين
في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله
رواه الحسن رحمه الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز رد في الرق

لان

لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع
بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط
فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز
لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك
المكاسب وهو المقصود لانه ثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا
كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب
تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك
العين فعن ابي حنيفة رحمه الله رواه ابو يوسف رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق
وعلى هذه الرواية لا ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر
فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال
ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان
وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى
قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم
المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد
ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط
فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما تستثنى قيمته وهي لا تصلح بدلا فكذا مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان
غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة
وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس
مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة
الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

ومن انه معاوضة مال بغير مال وبمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح و
الجامع انه ينبني على المسامحة بخلاف البيع لانه ينبني على المماكسة قال واذا كاتب
النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه
مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن
تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه
قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على
قال البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصف
واتى بالقيمة يجبر على القبول فيجوز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد على
القيمة صحيحا فافترقا قال فان اداها المولى قبضها عتق لان في الكتابة معنى
المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى يسلم العوض الاخر للعبد وذلك
بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل
التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير
حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية
باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة
الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن
في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه
النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة
لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان
الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى
لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة

لوقوع العجز عن تسليم عين الخمر

تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا
من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمه الله لان مآله العتق والمكاتب
ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه
كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد
وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له
قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع
ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد
لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان
ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاول
فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده
لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه
اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه
اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل
رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية
نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف
المضارب والمفاوض والشريك شركة العنان هو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب

يملك الاكتساب وهذا من الاكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال فلهذا لا يملك هو ولا المكاتب تزويج العبد
لانه من اهل ان يكاتبهم
فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه ان لم يكن من
اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في
كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا
لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة
الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة
توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في حق العتق وبالاول
في الكتابة وهذا اولى من العكس لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا
اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها
اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله ان القياس ان يجوز
بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون
الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في
كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت
المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح فلهذا يتبعها في الرق
والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت
له ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له
المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا
لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود من رقيقين فيكون
رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل
في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به
قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به
حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين
في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها
لانه لولا الشراء لما سقط الحد ولو لم يسقط الحد لا يجب العقر واذا لم ينتظمه
الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا فوطئها فردها اخذ بالعقر
في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع
صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا
في حق المولى فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها
جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو
حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها
على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على
موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا
آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء
يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه
السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى
ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق

عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع الإبقاء من غير فائدة، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه. ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية. قال وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق. وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله تسعى في الأقل منهما. وقال محمد رحمه الله تسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار، فأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع محمد رحمه الله في نفي الخيار. أما الخيار ففرع تجزي الإعتاق عنده، لما تجزأ بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير. وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير. وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته، ألا يرى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة، فههنا يسقط الثلث، وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة. ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته، وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة، كذا ههنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال فإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا، ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا، أما المقدار فمتفق عليه. ووجهه

قيمتها وثلثي

ما بينا. قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد، والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه. قال وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز، والقياس أن لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال، والدين مال فكان ربا، ولهذا لا يجوز مثله في الحر وفي مكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه، والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل شبهة فيه. قال وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف. وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها، وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال، وحق الورثة يتعلق بالمبدل فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل. ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع، وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى. قال وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ثم مات ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما.

باب من يكاتب عن العبد

وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب. وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه

باعتاقه

كما اذا علقه بالكتابة النافذة صح

المولى على هذا يعتق باداء بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت
موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقبل على ان ادى الحاضر الالف فهو حر فادى
لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد
الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على
العبد وقيل هذه صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد
لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى
الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة
العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس
عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه
تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل
عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم
يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا
عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء
لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة
لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن
كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لا يرجع عليه لو ادى كذا هذا
قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم
ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها
اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك
من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين
اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا
لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة
الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل
اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له
وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف
ووكيل في النصف فهو مكاتب بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد
فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول
لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبها ام ولد
له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه
كما في المدبرة المشتركة فاذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه
ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها
ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه
تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها
كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه
وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان
الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت
ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام
ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها
قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ
المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام
ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب
الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا
بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة

لشريكه م

ولا يثبت النسب منه ولا يكون ابنه بالقيمة
ويغرم فيها العقر صح

انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل
البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه و
المكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق
ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه
موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد الاقل من نصف قيمتها ومن يضمن ثم
نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف
البدل على اعتبار الاداء فلتردده بينهما يجب اقلهما قال وان كان الثاني لم
يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر
لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه
تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك
بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه
تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه
جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة
والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه
ما بينا قال وان كان كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن
المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة
والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما في مسئلة تجزي
الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان
يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان
موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر
فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان

شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى
او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق و
التضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان
يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة
نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان
اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار
التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال
ابو يوسف رحمه الله ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما
فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه
ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه
التدبير وهو قن ولو اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته
ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم
عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة
التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد
عليه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي
كرم الله وجهه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال
مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد

تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذ لم يكن راضياً دونه
بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيراً والآثار متعارضة
فان المروي عن ابن عمر رضه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج
بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو
جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض العبد
لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب
بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفاً
عليه وعلى مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ
الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو
ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه
لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة
عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصوداً
او يثبت قبله او بعده مستنداً لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني
لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت
ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى
لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه
للمملوكية فينزل حياً تقديراً او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال**
وان لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا
ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه
ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولداً مشترى قيل له
اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقاً وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يؤديه الى اجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعاً له

ولهذا

ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق
بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد
والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف
المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه
سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته
في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حراً يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لان الولد اذا كان صغيراً فهو تبع لابيه وان كان كبيراً جعلا كشخص واحد فاذا
حكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة لما مر **قال** وان مات المكاتب وله
ولد من حرة وترك ديناً فيه وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي
الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصوداً
وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانه اذا فسخت مات عبداً واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاء
الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان
تعجيزاً **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق واليه وقعت
الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية
وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على
ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسداً اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له
ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر
لان بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر
ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ
لكونه اذلالاً به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ
لم يوجد من المولى وصار بمنزلة ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى

ديناً فيه
وانما قال ديناً لانه ان كان عيناً لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال درر

وقد بقي ما اخذ من الصدقة في يده حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد في
الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض
به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع
فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضاء
وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما
وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا
وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده
واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال
بحال **قال** واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال
حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى
ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه
احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب
الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه
يصير ابراء له عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا
ابراء عن نصيبه لانه يجعل ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء
البعض او ادائه لانه يعتق المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء
الكل لحق بقية الورثة **كتاب الولاء** الولاء نوعان ولاء عتاقة
ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء
الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر

بها

باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم
وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناسل
بفعله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان
الغنم بالغرم و~~لان الغنم~~ لما روينا وان بنت حمزة رضي الله عنها اعتقت
فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره
لاطلاق ما ذكرنا **قال** وان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق
وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو
الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذلك العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه
بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى
عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم
بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه ولو زوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل
لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها
يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت
ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف
ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد للمولى
الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول
وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا
فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء
ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب
ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا بخلاف
الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي

وكذا المرأة تعتق

موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه
كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف
ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بالولد لاكثر من سنتين من وقت
الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة
العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما
يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق
فعتق مقصودا **قال** وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم
ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان
اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا **قال** ولا يرجعون على عاقلة
الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما ثبت للاب مقصودا
لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت
العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة
من العرب فولدت اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله قال
رضي الله عنه وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان عبدا لانه هالك معنى ولهما
ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب
في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب
العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن
الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا **قال** وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى
رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف
رحمه الله مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار
كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف
حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو

كان

كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه
بالنسب او لان النصرة به اكثر **قال** وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث
من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك
وارثا كنت انت عصبته وورث بنت حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة
مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي
رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من جهة النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة
بدليل الحديث الثاني فيتأخر عن العصبة دون ذوي الرحم **قال** فان كان للمعتق
عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه
عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني
المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن
او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر ولاء
معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من
جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة
لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبة الاقرب
فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى اباه
وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء
للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه الابن دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من
قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر بمعنى بني ابن آخر
فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة
رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا
والصلبي اقرب

فصل

في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يدي رجل

ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة
ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا
لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح
في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة
وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه
ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء
والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال فان كان له
وارث فهو اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة
عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر
في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب
لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه
الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه
لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به
حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء
كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر
الادنى والله اعلم

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر
على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره
فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره
تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق
القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان
المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدده به

ان

ان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره
على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره
على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء
امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا
فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به
بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه
يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت
له الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه
لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من
اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة
فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه
جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد
وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان
تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا لحق العبد الرد
وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز
المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو
المعتاد للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع
لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ في البيع
وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه
على الهبة دون البيع قال واذا قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده

ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره
ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع
الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع
على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد
شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله
لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث
يجوز ما كان قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على
ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو
من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم
ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على
ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك
نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه رخصة
اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو
تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب
رسول الله بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب
الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف على ذلك
وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن فلا اثم عليه لحديث بالايمان صح
عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له رسول الله عليه السلام كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله
تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت

الايمان

الايمان حينئذ لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه
قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على
ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان
اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه
ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت و
لصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا لان المكره صح
القبيل وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان
قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة
قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال زفر رحمه الله
يجب على المكره وقال الشافعي يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير
لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب
المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه والتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده
كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا
الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان
يلقيه عليه ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم
كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل
الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكره على
طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في
الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف
فيضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية
انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد
بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن
في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط

إن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه
فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا
بالطلاق ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع
على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر
لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب
له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم
احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع
من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها
البدل لرضاها بالالتزام قال وإن أكره على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة
رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقالا لا يجب الحد وإذا أكره على الردة لم تبن
امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان
لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت المرأة
قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله
استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل
على التبدل فكان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما
لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان
الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام
حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على
إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه امرأته حكما لا ديانة لأنه
أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرنا ولو قال أردت ما
طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه مبتدئ بالكفر هازل
به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب
محمد عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه
قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة
لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا
في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق

والجنون

والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده
ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي
آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته
بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية
فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق
قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء
أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى
فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد
ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن
كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بيناه
في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر
قلنا نعم إذا وجدنا نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية
أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون
الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
لقوله عليه السلام كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه والإعتاق يتمحض مضرة ولا
وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم
التوافق بينهما على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه
إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القول
على ما بينا قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام الأهلية
غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو
كسبه وكل ذلك إتلاف ماله قال وإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال
المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وإن أقر بحد أو قصاص لزمه لأنه مبقى على

اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا
ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه
وكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم بالحكم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ
السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه
ولا مصلحة وقالا وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في
ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا
بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا
منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة
انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته
والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو
كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز (الجاهل صح)
فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان
الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه
نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع
المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد
قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه
جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي عليه ولو كان (له والمقضي صح)
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى
القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ
الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه
قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس
منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان
علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال
عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في
هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل

البلوغ

البلوغ وينقطع تأثيره بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ
رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على
قوله فمن يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان (وانما التفريع على قول صح)
كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب
الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده قال
ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر
بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا
عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها
وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان
كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من
حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
لا لنقصان في عقله وكذلك السفيه مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان (والعتق صح)
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق
كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه عنده واذا صح عندهما
كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه
متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية
لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير
المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب
السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى
في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية صارت ام ولد له لانه
يحتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها وقال هذه (ولد صح)
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع
قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد وهو الولد بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل
وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية
وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر المثل لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل

لانه لا ضرورة فيه وهو الالتزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض
مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة
الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج اربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال
وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب
نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي
الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع
قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد فيها من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانها ليست
بعبادة فلا تحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه
المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب
يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد
حجة الاسلام لا يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا
يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا
يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه
لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزئه غيرها وهي
جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك
في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا
وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي قال ولا يحجر على
الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال
الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل
اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة
ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه
فيما تقدم قال ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي في سبب الغفلة
وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع
عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة
سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة
سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف
وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض
في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام
اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية
ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى
الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة
لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال
واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به
ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض باب
الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت
ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته
فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه
تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر حجر القاضي عليه ومنعه من
البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له
وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع
لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه
بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب

القاضي ما به كما في الجب والعنة فقد الملجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع
ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من
الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الداين وتعذيب المديون
فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا
بالاجماع لان للداين حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه
دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه عند ابي حنيفة وهذا
استحسان والقياس ان لا يبيعها كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين
ان ياخذها جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب
عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم
العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة
جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية
وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال واذا اقر في حالة
الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته
الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو
تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف
للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا
عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا
هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده الى ان قال
وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا
عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء
الدين بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء

احدى

احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه
من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان
اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان
يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق
النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان
مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا
ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة
الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة
وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما
دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب
داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه
من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة
لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال
ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه
وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز
المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد
معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن
تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة
فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فيعطى للعين
حكم الدين والله اعلم **كتاب المأذون** الاذن الاعلام
لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق
المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك لم يرض

فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بالعهدة على
ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى
يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة
كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من يراه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن
ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى
لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان
يقول له اذنت لك في التجارة فلا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول
الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه
الله خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من
ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في
الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في
يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل
السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان
يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ
الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به
الربح قال ثم الزارع مستاجر بجزء منه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه في عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
رحمه هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان
نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه
ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل به مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر بها ويحصل
المقصود وهو الربح فيملكها قال واذا اذن له في نوع منها دون غيره فهو

ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون ماذونا الا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر لهما ان الاذن توكيل
وانابة عن المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على
ما بينا وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل
لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع
للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المولى
فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام معناه ان امره
بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي
الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالكسب وقال اقعد صباغا
او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع
كلها قال واقرار الماذون بالغصوب والديون جائز وكذا بالودائع
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان
في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب
ج التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف رحمه يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان
والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال
والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان
المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في
ولا يملك قبض البدل ثم
الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى لانه
لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل
ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات

التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت
ما هو ضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه
فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم
لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها
بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان
يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول
المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من
صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بينا وله ان
يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع
للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في
دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان
له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة
بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق
بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة
وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا
الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب
لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء
وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب وديونه
المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار
وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة
بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به **قال** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق
حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر
الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر
عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من
الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق
بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين

لانه

لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء
لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فان حجر عليه لم يصر محجورا عليه حتى يظهر حجره بين اهل سوقه
لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد
بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس
فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره منع التصرف
ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة عم ويبقى العبد مأذونا (من الرسل عم)
الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء
الدين من خالص ملكه بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن
شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه **قال** (منه)
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه لان الاذن
غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل
فلا بد من قيام اهلية الاذن كما في حالة الابتداء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا
باللحوق لانه موت حكمي حتى يقسم ماله بين ورثته **قال** واذا ابق العبد المأذون (حكما)
صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء
الاذن وكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما
يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان
الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع
من يد الغاصب متيسر واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا
لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة
فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن
المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع
وبه يقضى حقهم **قال** واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها
فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين
المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد
قال واذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه

ينقض ما في يده . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور
غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من
غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا
لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط
بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى
من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد
تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره
قبل البيع **قال** واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق
من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته
لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية
المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر
في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى نظرا للعبد وله ان ملك المولى ما ثبت هو
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به
الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته
واذا نفذ عنده يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به **قال** وان لم يكن
الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه
لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من
الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه **قال** وان باع من
المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه
وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده
لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا اذا باعه بنقصان يجوز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش
سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم

وهذا

وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى
يؤمر بها لان البيع بالغبن اليسير منه متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبر تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها
وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي باكثر من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما وفي المولى يجوز
ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى
ولا اذن بالمحاباة في البيع من الاجنبي وهو آذن في ضمن مباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة
لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما فان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل
جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا
البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن
بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض
الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في
الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز
ان يبقى حقه متعلقا بالعين **قال** وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان
البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق
في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض
البيع كما بيناه في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء **قال** وان اعتق
المولى المأذون له وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته
للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي
عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف
ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن المولى شيئا
قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان
شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى
كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض والتغييب فيخيروا في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان
الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون وان ضمنوا البائع

بالعين بل

قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان
سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرده على المالك ويسترد القيمة ثم رد عليه بالعيب
كذا هذا **قال** ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما
فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم
ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس
لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم **قال** فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها
وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل
قولهما في مسألة الشفعة لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب
قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة
لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل الاذن اذ الظاهر
ان المحجور عليه يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر
على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة
لانه خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا فان حضر فقال هو
مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله
لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة
فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي والشراء رحمه
رحمه الله لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه
ويملك حجره فلا يكون واليا لما فيه من المنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه
منه اما البيع والشراء فيتولاهما الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع
صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته

لبقاء

لبقاء الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا
قبل الاذن لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة
التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي
والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط
ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان
ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية
نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر
الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج العبد ولا كتابته كما في العبد والمعتوه
الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون
غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي **كتاب الغصب** الغصب في
اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي
الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام
العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم
فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت
بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم الاية ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية
فكان ادفع للضرر **قال** فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله
يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد
السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة
بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته

والوصي

يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب فيه بالقيمة بأصل السبب كما وجد
فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر
بقدر الإمكان أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر
المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله
عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ
متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد
فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص
خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة
ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي
غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها
لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك
بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس
وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه وإذا علم الهلاك سقط رده فيلزمه
رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه
دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف
أولا وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك
لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب
على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة
يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا
بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي
المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في
العين ويدخل فيما قاله إذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا و
باعها وسلمها وأقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو

الصحيح قال فإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس
ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى قال
وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي أكثر نسخ المختصر وإذا
هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين
دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة أو يتقرر
بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه
دخل بجميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف
تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت
الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل
لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه
تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه
وهذا عندهما وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار
لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات
تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في
ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين
بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول
فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري
إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب
مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا
قال ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين
جارية فباعها بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله أن الغاصب
أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لأبي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك

الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يمكن التصرف فى ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين
بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى ان
التصدق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها
او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له الربح وكذا
قاله الكرخى لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد
ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان
بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة قال وان اشترى
بالالف جارية تساوى الفين فوهبها او طعاما فأكله لم يتصدق بشىء وهذا قولهم جميعا
لان الربح لا يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال
ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى
بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه
سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدى الى الربوا وعند الشافعى يضمنه وعن ابى يوسف رحمه الله انه يزول
ملكه عنه لكنه يباع فى دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعى ان العين باق
فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح فى الحنطة والقتها فى طاحونة فطحنت
ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم
الفعل اصلا فصار كما اذا ذبح الشاة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة المغصوبة م
متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد
وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذى هو فائت من وجه ولا
نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة بل م
لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع
عليها غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان و
القياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابى حنيفة رحمه الله
رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه
او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير صاحبها

رضا م
اطعمو

اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة
الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى الملك الفاسد واذا ادى
البدل يباح له لان حق المالك صار مستوفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى وكذا اذا
ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او
نواة فغرسها غير ان عند ابى يوسف رحمه الله يباح الانتفاع فيها قبل
اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من
وجه وفى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال
واذا غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها
عنها عند ابى حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شىء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسرها
وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات
والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق
ومعنى الاصل الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجرى فيه الربوا باعتباره و
صلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير
متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال وان غصب ساجة فبنى عليها
زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعى رحمه الله للمالك اخذها
والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار
كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب فى
سفينته ثم قال الكرخى والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى فى حوالى
الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح
قال ومن ذبح شاة غيره فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها
اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية
ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب ولو كانت الدابة

لانه متعد فيه م
لانه غير متعد فى البناء م

غيره كأكل اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف **قال** ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه
والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كثيرا يبطل عامة منفعته فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا
الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب
وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع
قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت
به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل
قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع **قال** واذا غصب ارضا
فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم
حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب
لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره
بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس
مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه
قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء
وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما **قال**
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد
الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق
لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب
لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ
فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ
ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو العصمة رحمه الله في اصل المسئلة وان
شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان

له

له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند ذلك تعين رعاية الجانبين في البيع ويبين ما ل
هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق
من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في
الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل
المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان
كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة
وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه
الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمسين
جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح
سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل كله والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد
ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن **قال** والقول قول الغاصب (والقول ج)
في القيمة مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة **قال** فان ظهرت
العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول
الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب
اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** وان كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها
لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير
فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له
لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا **قال** ومن غصب
عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه
لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب

دون الاولاد والنقص كيلا تفوت البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه
الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب
مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير
رضاه كما في ظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت
ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا
تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي
الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه
اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا
رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب الجزاء
والاشتراك فيه فلان يجب بما هو فوقه وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى
واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان
في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال
زفر رحمه والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه
كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام والولد وفاء
وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه
الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب
جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية
ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام
اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله
للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة
ولا اتحاد في السبب فيما وراءه وذلك في المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال
ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم

على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولو
المنضمة ثابتة من حيث

علقت

علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما
ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن
الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها
فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند
المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف ورد وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار
كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان
كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن
بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء
التسليم وما ذكرنا شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم
يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص
باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيجب اجر المثل ولا فرق في
المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان
عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب
ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد
المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه
لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها
وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في
ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين فصل في غصب ما لا يتقوم
واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال
الشافعي لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما
الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم
اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم
باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما
يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال
مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين

تحسه

لو كان المتقوم باقيا ضمنه عام

بخلافهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد
يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من
مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى
الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وهذا
الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي
حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة
وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع
اما الخل فلانه لما بقي على ملكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل
من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه
وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب
ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد
فاذا فوته خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس واما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع
الغاصب وصنعة متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي
ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه
يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف
الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل

ليس

ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي
حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
وهو على هذا الخلاف على ما بينا ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب النجس ولو استهلكه الغاصب
يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة تابعة للجلد فلا يفرد
عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا
عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى
ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان
اراد المالك تركه عليه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند
ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في دبغ الجلد وان خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه
انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه
خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك
لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه انه لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن
في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ رحمهم اجروا جواب الكتاب على
اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا
في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد بيناه في كفاية المنتهى قال ومن
كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن
وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه
في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم
للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى
طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه روايتان في التضمين والبيع ولهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا
يضمنه كما اذا فعل باذن الامام وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع

هو الذي حققه فلا يضمنه في الوجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة هو هو

وتضمينه صح

وان صح في حقه لا يجوز فصار كالامة المغنية وهذا لان الفعل فعل فاعل مختار فلا يترتب
سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مبني على المالية والتقوم والامر بالمعروف
باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في
الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب
قيمتها غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل
لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على
نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك وفي غصب ام الولد والمدبرة قال
ويضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما
لان مالية المدبرة ~~ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله~~ متقومة بالاتفاق
ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق
من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم
سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط في
نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة
لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له ان كان
غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة
بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير
رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه
في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد
وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة
المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما
الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في
نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع
اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح

يتحقق

يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا **قال**
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
انه مقدم **قال** فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها
الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار
المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله ان مع وجود الشريك في
الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به وجه الظاهر ان السبب
تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين
الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منه كما في منزل معين من
الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه
فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن
وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله
النهر الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام
فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا
فلاهل السكتين ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطرق
فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار
الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار
جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر
اختلاف الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من
مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا
انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا
يرى انه لو انفرد واحد منهم يستحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة
الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا
لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة

الملازق

والعلة ما ذكرناه في كتاب ادب القاضي

واستيفائهما ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضي
بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي للحاضر بالجميع
ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية
ولو سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال
والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على
ما مر والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع
يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع
وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون
اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال
وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع — لان التملك
الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات
الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة
قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته
في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع
بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة
وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب
الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية
عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية
اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة
ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل الشفعة لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه

لنفسه

لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على اعراضه وكذا اذا
قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب
المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى
ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت
الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار
لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا
او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه
بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه
الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في — عند ابي حنيفة اكثر
الخصم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما
ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج
بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني
من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه اذا لم يسلم الى المشتري
او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل
واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند
المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من
ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان
يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده
لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت
وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا ترك
المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو

لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا
باسقاطه وهو التصريح به كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا
كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لو لم يكن في البلدة
قاض لم تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان
العذر **قال** واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل
القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان
اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي
قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار
كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها
فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف
رحمه الله وذكر في الفتاوى يشترط تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه
في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد **قال** فان عجز عن البينة استحلف المشتري
بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى
عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان
نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملك الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك
سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم
البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة **قال** فان عجز عنها
استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه
الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام
فيه في الدعوى وذكرنا الاستحلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات
لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على
البتات **قال** ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى
مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره

حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا
لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب
عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها
تأكدت بالخصومة عند القاضي **قال** واذا احضر الشفيع البائع والمبيع في يده
فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى
يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة
عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا
اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي
ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه
ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري
بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه
لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا
يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون
العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى **قال** ومن
اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من
حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد
ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف
فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام
الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا
للغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع بالدار
ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان
المشتري شرط البراءة ~~شرط البراءة~~ منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا
يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط

بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك فلنا ان نمنع ولئن سلم فنقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول وههنا يصح على ما مر ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام

قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قول البائع في مقدار الثمن ما بقيت المطالبة به فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع

قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق

الشفيع

الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين فسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله وان زاد المشتري في الثمن للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا

قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته

قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل

قال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن فصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم

زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده
الصبر عن الاخذ اما الطلب فعليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع
والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط
الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم
المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي
الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان
كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل
الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر
وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد
انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** واذا بنى المشتري فيها او غرس
ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ
بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له
ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رحمه الله انه محق في البناء لانه بناه على ان
الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء
فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق
به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون
وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره
من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط
من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء
وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا
وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير الضرر وان اخذه
بالقيمة تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس

ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس
لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري
مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من
المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف
شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها
مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته
لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها
وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول
لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم
يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه
اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي
القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه
المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في
الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في
النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه
على ما عرف في ولد المبيعة **قال** وان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر
في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا
ياخذه **قال** في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه
وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن
اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند
العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن **باب**
ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال الشفعة واجبة في العقار وان كان
مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا
لضرر مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار

او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى
والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عم لا شفعة الا في
ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع
ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار
فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر لا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه
بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات
ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه
الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه
امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة
او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع
المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها
عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه
الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب
الموضوع وعنده تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده
فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعروض بخلاف الهبة لانه لا عوض
فيها اصلا وقول الشافعي رحمه يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه
لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها
بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان
القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا
اذا تزوج بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في
كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال
ولو تزوج على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي
حنيفة رحمه وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى

البيع

البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل
فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب
اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه
قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال
رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله
عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا
اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب
خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي
وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت
او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم
يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض
مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض ولا ان يكون الموهوب ولا عوضه
شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن
العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها
فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال
الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال
الملك عند ذلك وان اشتراها بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال
الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث
وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما
البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال
اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما
اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له
ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال
ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع

وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم **قال** وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة

لان القسمة

ليس

ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد قررناه في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف المشروط له الخيار من جانب المشتري **قال** واذا بلغ الشفيع

انها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر
فتسليمه باطل وله الشفعة لانه سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس
الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او
عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب
فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة
له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس
متحد في حق الثمنية **قال** واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة
ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره
فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف
فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه
لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل**
واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه
لما بينا **قال** وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في
السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني
شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي
بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون
الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة
اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا
انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني
فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل
الصرف فيجب رد الدينار لا غير ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه
ولابي يوسف رحمه الله انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة
في اسقاط الزكاة **مسائل متفرقة** واذا اشترى خمسة نفر دارا
من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها
كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني يأخذ البعض بتفرق الصفقة على المشتري

فيتضرر

فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بينما اذا كان قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا
يأخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق
اليد على البائع بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع
وهو سواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا للتفرق
الصفقة لا للثمن وهاهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن اشترى نصف
دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع
لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو
من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي
لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة
من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه
وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي
صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك
ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في جانب الآخر **قال** ومن باع دارا
وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه
الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه يفيد
لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة
لمن بيع له **قال** وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف
تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع ضرر
فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من
اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر
وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما

ولو اشتراه فلمولاه الشفعة لانه يشتريه لمولاه

كونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها مما لا يتغابن
الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه يحتمل نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه
لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منها ولا رواية عن ابي يوسف رحمهما الله والله اعلم

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي
عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى
عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو
ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ
نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف
الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون
لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياها فاقتسماها لا يبيع احدهما نصيبه
مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند
طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري
فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان
يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته
وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار
فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم **قال**
وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر
لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق
القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم **قال** فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل
ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون
عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة
وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وذلك بالامانة ولا يجبر القاضي الناس
على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه

او يتعين فيتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير
فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه **قال** ولا يترك القسام يشتركون
كيلا يصير الاجر غاليا بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه
خيفة الفوت فيرخص الاجر **قال** واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة
الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل
وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان
الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو
على الخلاف ولو لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت
وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة
الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا
انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد
ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم
وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
جميعا وان ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل
الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث
والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر
في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ولان القسمة قضاء
على الميت لان التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه
فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار
ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهي مفيدة لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر في الدين فانه يقبل البينة
عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما
العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك
العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم

قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رض
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة
انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون
لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة
الحفظ في العقار غير محتاج اليها وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز
واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم
وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب
وكذلك لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه
نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا
خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث
ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء بالعيب م
المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب
على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في
يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان
في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز
ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور
الخصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا قاسما ومقاسما بخلاف
ما اذا كان الحاضر اثنين لما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن
الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث
فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير
عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه
مقامه **فصل** فيما يقسم وما لا يقسم قال واذا كان كل واحد من
الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتمله عند
طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والاخر يستضر لقلة نصيبه

فان

فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب
الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره
ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في
الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان
الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما
وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا
كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين
الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي
ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة
وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس
المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا
واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت
قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب
وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو
حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس
كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني
الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد
الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد
بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها
وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر
افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع
عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة

قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين
الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا انتفاعا
مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور
مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان
الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة
لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى
اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا
لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما
في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة
ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب
اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما
وهو رواية هلال رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة
كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ
شبها من كل واحد قال وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم واحد منهما
كل واحد منهما على حدة على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة
منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة
روايتان او تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

فصل

في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله
يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه
وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى
القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا
ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم

الثاني

الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها
اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في
كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه
بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله
تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا
بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل
في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له
وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه
لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله
انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن
تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم
لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل
في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت
القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع
في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق
في الوجه الاول فكذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام
ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر
فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع
وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان

بالقسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص اعتبارا
وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل
من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو
ذكر رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه
قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان
لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على
سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا
ان الطريق بينهم اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل
جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له
علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه
هذا عند محمد رحمه الله وقالا يقسم بالذراع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا
بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هو الاصل لان الشركة في المذروع
لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا
فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع **قال** ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل
بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على
عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل
السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة
السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو
لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان
منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على
اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن
التعديل الا بالقيمة والفتوى على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير

وتفسير

وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل
وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلاثة وثلاثون
وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة ذراع من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع
من السفل المجرد ويجعل من البيت الكامل ستة وستون وثلث ذراع لانه علو مثل نصف
سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف
العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا
من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو
والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما
قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه اخذ الخصاف رحمه الله وذكر الخصاف قول
محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل
انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما
انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان
فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير
لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال
الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض
المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى
معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق
الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على
الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع
الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وان ادعى احدهما الغلط وزعم
ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق
على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة

فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما
قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد
وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي
عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد
على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف
فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في
البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن
فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى
احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما
قلنا واذا اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح على
بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا
اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما
بينا وان قامت لاحدهما بينة يقضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في
البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي
حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال
رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في
استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل
تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكر ابو سليمان
مع قول ابي يوسف رحمهما الله وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة
كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم
معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا
بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في
احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم

مشتركا

مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما وبين ثالث لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار
كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر
الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هاهنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء
ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان
شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل
ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر
عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب
فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون
بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في
التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان
غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء (يفي به)
ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة
او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع
قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ
الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان
لا تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا ٥
فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد (اليه)
يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان
واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة
والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت
احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة

في المنفعة ثم الاستيفاء ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في عبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لأن القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في طعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الآخر وجاز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهايأة على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الاختلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة

الواحدة

الواحدة لا يجوز ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فلا يعتبر زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر القرض وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذلك يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز والله أعلم

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عنده وقالا هي جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاجة ودود القز معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلا تتحقق شركة وله ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولأن الأجر

ولو زادت الغلة في دار واحدة في نوبة أحدهما على الآخر يشتركان في الزيادة ليكون التعديل في نوبة الأول نهاية

فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع صح

اعتبارا

مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة
بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج
شيء منه فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل
صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في
الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان
يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لانه عقد فلا يصح الا من
الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل و
المدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر
من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا
بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب
الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه
ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان
كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض
معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض
والبذر والبقر لواحد والعمل لآخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر
فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز
فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء

ومنفعة

فتعذر
ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا
ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة
العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض
والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع
والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا
بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة
لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرط لاحدهما قفزانا
مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا لو شرطا ان يرفع
صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة
في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج
والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال
وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا
شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من
ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر
ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان تصيبه
آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما
بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا مسكوت
عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت

لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر
بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان
لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان
كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة
ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر قال

لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر م م

المزارعة م

واذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط
لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد له اجر المثل بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ
لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد
تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف
الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل
الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق
رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء
حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض
وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك
في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق
به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر
عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر ليهدم
داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ
به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله
وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه
وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان
دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض
ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة

في

فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف
السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس
ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت
المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما
نبين ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج
الى بيعه فباعه جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار
بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما يتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج
لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع
لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من
الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس
جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على
المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على
مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من
الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة
وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع
بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد
يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد
فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر
القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك لان فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه
بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق
انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر
عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب
الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات
المزارع بعد نبات الارض فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع
وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا
لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك

على الخيارات الثلاث على ما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم
ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام
في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى
مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه
وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله
قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل
الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما
في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة
فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ
فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد
على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه
مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع
لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد
الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله
المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا هي جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى
جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة
وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة
لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة
دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرطا
رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب
في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة
معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول
ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن
وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية

معلومة

لأحدهما يفسد ح

بالاتفاق ح

معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا
وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا
قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي
وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان
يقوم عليها او يسقيها الى ان يذهب اصلها وينقطع نباتها او اطلق في الرطبة حيث
تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض
فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين
يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا تخرج الثمرة فيها فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد تبلغ الثمرة فيها
وقد تتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى
فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين
الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا
لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا فلا شيء
لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في
النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو
كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا
ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على
ما قدمناه **قال** فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت
قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك
لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو
جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق
الحاجة الى العمل **قال** واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى
الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة
بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج

قوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار

بسرا فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان
ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر
ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين
ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك
في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة
ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر
من الجانبين وان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات
الثلث التي بيناها ولو ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه
في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار
فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض
على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء
وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره
بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل
ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة لما بيناه
على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل
انتهائها **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر المساقاة ج
فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك
لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه
عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا
ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان
يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين
معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله
وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في
معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد
وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في
قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى

وهذا

وهذا والله اعلم بالصواب **كتاب الذبائح** الذكاة شرط حل
الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل النجس ج
يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنه ومنه قوله عليه السلام ذكاة
الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي
الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار
اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج
الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع
ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى
كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله **قال** وذبيحة المسلم
والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او
امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية
على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمجبوب سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي و
العربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر **قال** ولا تؤكل ذبيحة ولا يوكل ك
المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى **قال**
والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير
دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال** والوثني لانه
لا يعتقد الملة **قال** والمحرم يعني من الصيد وكذلك لا يؤكل ما ذبح في الحرم
من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح يستوي فيه الحلال في الحرم ج
والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف
ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم
لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم **قال** واذا ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله يؤكل
في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي
في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي

والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان
قبله في حرمة متروك التسمية عامدا انما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن
مذهب ابن عمر رضه انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضه انه يحل بخلاف متروك
التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم ان متروك التسمية عامدا لا يسع
فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عم
المسلم يذبح على اسم الله تع سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل
لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه والسنة وهو حديث عدي بن
حاتم الطائي رضه فانه عم قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه
ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج
مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار
تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي
وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح
غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يؤكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا
لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله
محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود
القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول

مفصولا

مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده
وهذا لا باس به لما روي عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد
ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال
ابن مسعود رضه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء
وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال
الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمته دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضه في قوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير
لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكاة
بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ
الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم
والمريء والودجان لقوله عم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث
فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه في الاكتفاء بالحلقوم والمريء
الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه
وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا
ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير فان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم تؤكل
وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا و
اختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه اذا قطع الثلث اي ثلث
كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه انه يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله
عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه ان المقصود
من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم
اما الحلقوم فيخالف المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما
ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد

فقطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج
الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به ح ع
تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم
يقطع شيء احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن
اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله
المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله
عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول
على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولانه آلة جارحة فيحصل
ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل
بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما كره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه
اضرارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما
بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا
يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل **قال**
ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا
قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها
قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته
وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة
فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل
معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من
الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس
زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة
الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان
ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره

النخع

النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده
فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته **قال** فان ذبح الشاة من قفاها
فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة
الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها **قال** وما استأنس من الصيد فذكاته
الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه
عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله
لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول العبرة لحقيقة
العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي
الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء
فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها
في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البعير والبقر لانهما يدفعان عن انفسهما فلا
يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر
على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله **قال** والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع
العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره
فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل **قال** ومن نحر ناقة
او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر
وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد وقالا اذا تم خلقه اكل
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة
لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا
حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا
منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد ولابي حنيفة انه اصل في
الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك تنفرد بالزكاة ولهذا تفرد
بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام اذ هو

والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره [illegible]

اللبن بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل ميتا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروج
الدم فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحرزا لجوازه كسائر اجزائه
بسنته ولحقه باعتباره كسائر ما ينفصل عن الحيوان والله الموفق **فصل**
فيما يحل اكله وفيما لا يحل **قال** ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب
من الطيور لان النبي م نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع و
قوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم
لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله
اعلم كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل
فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره
واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما
ياكلان الجيف **قال** ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير
ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رحمه الله لا باس
باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره لان غالب
اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها
اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي م نهى عائشة رضي الله عنها حين
سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها
استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى
خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي م نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير
وعن علي رضي الله عنه ان النبي م اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال**
ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا باس باكله لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله م
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى
منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في
اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل

الكراهة

الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس
به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا باس باكل الارنب لان
النبي م اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده
الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الادمي فلحرمته وكرامته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه
لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار
كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه
يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك
الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من
حيوان الماء الا السمك وقال مالك رحمه الله وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى
بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف
في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله م
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله م عن دواء يتخذ فيه الضفدع
ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح
فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك
لقوله م احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما
الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي
رحمهما الله لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روى جابر رض عن النبي م انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء
فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة
البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال**

ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال
مالك رحمه الله لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر
ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة
عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت
وغيره فقال كله كله وهذا عُدّ من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف
أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف
أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى
وعندنا لم تعتبر البرد علامتها منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي
لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر
والبرد روايتان

كتاب الأضحية

قال الأضحية واجبة على كل حر مسلم
مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار أما الوجوب فقول أبي
حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنها
سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي رحمه الله أن الأضحية
على قول أبي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة
مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن
يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب
ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في
الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد
سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
ولأنها قربة يضاف إليها وقتها يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب
لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا
بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها
ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالإرادة فيما روي والله
أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على
ما قيل وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك
والمالك هو الحر والإسلام لكونها قربة والإقامة لما بينا واليسار لما

من اشتراط السعة ومقدارها ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت
وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى ويجب عن نفسه
لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه
فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ويروى
عنه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب
هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والأصل
في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان
يجب عنه صدقة الفطر وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من
ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله
يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة
الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة تتأدى بالإراقة
والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله
والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة والقياس أن
لا يجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركناه بالأثر
وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن
سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس ويجوز
عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لأنه لما جاز عن السبعة
فعمن دونهم أولى ولا يجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا كان نصيب
أحدهم أقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه
إن شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا
أكثر من سبعة ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل
بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن
اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز
نصف السبع تبعا له وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون
ولو اقتسموا جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتبارا

بالتباس؟ عدم الجواز فيه

بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزأه
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا
والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج
وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره صورة م
الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا
وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه
ليس على المسافر جمعة ولا اضحية **قال** ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما
اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله م من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال م ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط
في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال
التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر في نفيهما
الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها
تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة
بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف
صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر ولو ضحى بعدما صلى
اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو
اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا
قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة
ايام بعده لقوله م ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي
وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوا

سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن
وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو
الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في
ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها
نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في
الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها وقد اشترى الاضحية م
حية وان كان غنيا تصدق بقيمتها اشترى او لم يشتر لانها واجبة على
الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه
التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد
العجز فدية **قال** ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك
ولا العجفاء لقوله م لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء
البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي **قال** ولا تجزئ
مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله م استشرفوا العين والاذن
اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن
قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه
فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع
الصغير عنه وان قطع من الذنب والاذن او العين او الالية الثلث او اقل
اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي
حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله م في حديث الوصية
الثلث والثلث كثير وقالا اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة
على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله قال ابو يوسف
رحمه الله اخبرت بقولي ابا حنيفة رحمه الله فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه

الى قول ابي يوسف رحمه الله وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون
النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رحمه الله
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة
بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته
من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف
قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان
كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز
ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا
مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين
املحين موجوءين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز
لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله انه
يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه
لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان هذا
لان مقطوع اكثر الاذن ~~لما كان لا يجوز كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن~~
~~اذا كان~~ لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا
عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء
لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت فلا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى
اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو
اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا
وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد
فوره عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح

قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك
كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا
ان يعسر على احدكم فيذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد
والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
رحمه الله انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين
ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود
بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب
على الشاة يضحى بالولد قال وان اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها
فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان
كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عند اتحاد المقصود وهو القربة وقد
وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى
ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة
لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره
استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع
بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن
الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات
واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة
وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم
الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا
ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم

كالتصدق بخلاف الاعتاق ولان فيه الزام الولاء الميت صح

الوجه الاول

القانع السائل ... والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل كفاية

عليها اثلاثا **قال** ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا
ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه
تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم
او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى
البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب
لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والافضل ان يذبح اضحيته بيده
ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره واذا
استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي
فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة تقطر من دمها كل ذنب **قال**
ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر
المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان
فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان
واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير امره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها
ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز
ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما
اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها
فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي
هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد
القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد
الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه

وكونه

وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من
طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك
بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون
والحطب تحته او جعل الحنطة في الزورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها
الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة وطحنها
او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون
ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول
في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير امره صريحا فهي خلافية زفر بعينها
فيأتي فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من
صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة وان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد
منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان
يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق
بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت
عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف
ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية **قال** رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه
الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول
منها **فصل** في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها
وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوالها وتأويل قول ابي
يوسف لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح
فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز الاكل والشرب والادهان
والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب
في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه
بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله عليه السلام واذا
ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين

والمسرفين صح

وتنعم بتنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال
والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا بأس
باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره
لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم
التفاخر بغير الذهب والفضة قال رضي الله عنه ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند
ابي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض
والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا
وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف
يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف رحمهما الله وعلى
هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا
جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا
الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة
بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي
لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع
فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص **قال**
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي
او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح
لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وان كان غير ذلك لا يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي
والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل فاولى ان يقبل في الحرمة **قال** ويجوز ان يقبل
في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على
ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض
والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت
جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه اخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت
باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق

ولا يقبل

ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين
اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها
عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى
دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط
فيها زيادة فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم

شرطا صح

الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا
بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل
قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه
يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي
قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند
العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به
ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق
يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط
احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر
رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال
الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** ومن دعي الى
وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس ان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رحمه

فصبرت صح

ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة
فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة
واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر
يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج
ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين
والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك
على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر

لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان
الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت
لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه
من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة
رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم
الا ان القليل عفو مقدار ثلثة اصابع او اربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير (وهو صح)
لما روي انه عم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة او اربعة اراد الاعلام
وعنه عم انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم
عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحمه الله وحده
ولم يذكر قول ابي يوسف رحمه وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ رحمهم الله
وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي
الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله (اياكم صح)
ما روي انه عم جلس على مرفقة حرير وكان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله
مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في
الحرب (عندهما لما روى الشعبي ان النبي عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب صح) ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين
العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح
الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير
ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج
باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله
اكره ثوب القز بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب (يكون صح)
ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير
لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على

بينا

بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة لانه في معناه الا
بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة
اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي
الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد
والصفر حرام ورأى رسول الله عم على رجل خاتم صفر ما لي اجد منك رائحة (فقال صح)
الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن
الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر
واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام
لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل
فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو
الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان
يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن الكف بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه
لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه
لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب
وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه وقال محمد رحمه لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي
يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب
فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عم بان يتخذ انفا من ذهب ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة
وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف
دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير
لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم
شربها حرم سقيها قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر
وتكبر وكذا الخرقة التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة
لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن التكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس
ان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان
ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم • كثرة ما توصي

ويعقد الرتم وقد روي ان النبي عم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث
لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل** في الوطء والنظر
واللمس **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا و
اعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة
انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها
ايضا لانه قد يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر
الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة
تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان
كان يأمن من الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف
النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع
على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى
فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز
وعبد الله بن الزبير رض استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه
وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يأمن
عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى
يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان
خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة

بخلاف

بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم
انه يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة
السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا
يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما
ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز
للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا
للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة المرض **قال**
وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت
ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة
عندنا خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا
فيه على العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي عم
انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها ابو هريرة
وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم
الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة
اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق
وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من
الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء **قال** ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل
الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر
الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر
المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس
اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة
لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو
كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا

كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة حقيقة واعتبارا فكانت
في جانب واحد والمتحقق في الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق من
جانب واحد **قال** وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة
قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه ان نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة
الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح **قال** وينظر الرجل الى امته
التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة
وعن غير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما
فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر
كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع
ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن
عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة **قال**
وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل
في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف
الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة
فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة
فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز له المناكحة
بينه وبينها على سبيل التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود
المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا **قال**
ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة
الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح
النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة
فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان

تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس
بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا
ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا
بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان
امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه
حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان
وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت
في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض اذا
رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر
ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه انه يباح الا الى ما دون
السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها
في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة و
المستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد رحمه في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد
الحاجة   ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي
كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح
النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر
رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة   واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت
وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه انها اذا كانت تشتهى
ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء   والخصي
في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما
قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي

من الافعال لانه فحل فاسق والاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص **قال** ولا يجوز للمملوك ان ينظر الى سيدته الا الى ما يجوز
للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه
فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة
لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور **قال** ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لان النبي عم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة
وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء ولهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد
ذكرناه في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره **قال** ومن اشترى
جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها بحيضة
والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن
ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب
في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان
الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون
الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة
الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك
واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن
المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ
لتحقق السبب عنه وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لتعلقها فيعتبر
تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها

ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه لان السبب
استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل
الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض
في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة
ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد
الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتضى الحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء
وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك
على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي
فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي
لا يفضي الى الرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم الوطء م
يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في
غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا
والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه
اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء
بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان
ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير
في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر
وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه **قال** ولا بأس بالاحتيال لاسقاط
الاستبراء عند ابي يوسف رحمه خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ
قول ابي يوسف رحمه فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد

فيما اذا علم انها فرغها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل
الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري
قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج قبل
الدخول لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم
يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود
السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي
للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي
المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر
عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك
ما عددناها لقصور مدتها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع
نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه
لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع
بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا
يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في
الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على
ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما
ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى
فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره ملكا او نكاحا او
يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين
فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل
لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا
الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احديهما و
اجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به
النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى
الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في

فالحيلة ح

حرام ح

وكذا اذا وهب البعض من احديهما كما ح

التحريم

التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى
لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرنا فهما بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي
ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمه وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي
ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عم
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل
التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس
به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم من
صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه فصل في البيع قال
ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا
لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في
الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها
مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط
لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم
بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها
ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي
وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق
بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه
صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر فان كان اكبر
رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقوم مقام
اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه
وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر
الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها
للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه
وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد
الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر
باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ

فانه يسعه

يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده
الدليل الشرعي وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبل ولم يشترها حتى
يسأل لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن
له وهو ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأي لم
يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب
مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا
تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق يعني بعد التحري فلا بأس أن تعتد
ثم تتزوج لأن القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي
وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها وكذا إذا قالت المطلقة الثلث انقضت
عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس
أن يتزوجها الأول وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان فأعتقني لأن الزوج ثم
القاطع طارئ ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج
حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من
الرضاعة لم يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر
بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع
بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت
من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ والإقدام
الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور
الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع
وهو ذو اليد بخلاف المتقدم **قال** وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا فلا
بأس به والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع وفي الوجه
الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه **قال**
ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار

بأهله وكذلك التلقي فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به والأصل فيه قوله عم الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع إبطال
حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره
وكذلك التلقي على هذا التفصيل لأن النبي عم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين
لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
أبي حنيفة رحه وقال أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان
ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحه أنه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا
بهم م مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقول النبي عم من احتكر
طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله عنه وقيل بالشهر لأن ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت
في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة
للمعاقبة في الدنيا أما يأثم وإن قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام
غير محمودة **قال** ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر
أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع
فكذا له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة رحه لأن حق العامة إنما
يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها وقال أبو يوسف رحه يكره لإطلاق ما روينا
وقال محمد رحه كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة
بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة **قال** ولا ينبغي للسلطان أن
يسعر على الناس لقوله عم لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا
تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار

فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن
صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الرأي والبصر
فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا
ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر
على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال
المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام
وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من
اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف
انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره
بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام المعصية صح
بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه
الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من
ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا
يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار
فيه فينقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف
السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو
الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في
الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار
وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة

لهم

لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عم الا ان مكة
حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر
اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق
البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر
ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول
الله عم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما
عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان ياخذ منه ما شاء
حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه
ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل
متفرقة ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ
الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة
فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية
المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه
من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله
يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة
عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف
في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية
محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس
على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس باخصاء البهائم وانزاء
الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عم ركب
البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا باس
بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان
النبي عم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه

اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في
كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث
والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه
أبو الليث لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك
التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره أن يقول
في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق قال
ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو لأنه إن قامر بها فالميسر حرام
بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل
إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام وهو محكي
عن الشافعي رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في
دم الخنزير ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما
لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم
يقامر لا تسقط عدالته لأنه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا
لهم ولم ير أبو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر
وإجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير
وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله
وجه الاستحسان أنه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة
وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان
عبدا ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر منها بدا ومن ملك
شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على
أصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة
والصدقة له وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب
الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية لأن الولي
هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر فذلك جائز ممن يعوله وينفق

الأظآر

عليه

فالولي

عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع
أولى إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض
كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان
يعقل لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر
بمنزلة الإنفاق قال ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها
إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل
لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد
ذكرناه قال ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية
وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة
أهل النار فيكره كالإحراق بالنار ولا يكره أن يقيده لأنه سنة المسلمين في
السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن إباقه وصيانة لماله قال
ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لأن التداوي مباح بالإجماع وقد ورد
بإباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لأنه عليه السلام
بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه إلى اليمن وفرض له ولأنه
محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لأن الحبس
من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو
أفضلها ثم القاضي إذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه
إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته وإن كان غنيا
فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الأخذ وهو الصحيح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لأنه إذا انقطع زمانا يتعذر
إعادته ثم تسميته رزقا تدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم بإعطائه في أول
السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ
في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى
رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة

اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال
ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا وام الولد امة لقيام الملك فيها
وان امتنع بيعها **كتاب احياء الموات قال** الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع
الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان
الانتفاع به **قال** فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من
اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضه هكذا ذكره القدوري
ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم
او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم
او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك
ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف
لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار
الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا
من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد
على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير
اذنه لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عم من احيى ارضا ميتة فهي له
ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد وله قوله عم ليس
للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما روياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس
لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان
ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ
يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني
احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها
والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث
اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم
احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق

الاول

الايجاف [illegible] قال [illegible] الركاب [illegible]

الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه **قال** ويملك
الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة
رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر
او الخراج واذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع
الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك
ثلث سنين لقول عمر رضه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان
يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل
مضي هذه المدة ملكه لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام
فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا
يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش
او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس
من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها
وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارا ولم
يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو
حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا
لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن
حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
او باذنه او بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء **قال** فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته

ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة
ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا
عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم
بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ~~وهذا عندهما وعند ابي حنيفة~~
~~اربعون ذراعا لهما~~ ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء
وبئر العطن للاستقاء بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا
من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله
والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق
به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن
بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول
البئر فلا يحتاج الى زيادة المسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة
ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الماء
الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة
ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرنا في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا
رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فان اراد ان
يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لان الحفر
يملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر
آخر بئرا في حريم الاول للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان يأخذ الثاني فيه
قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار
غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار
غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وما عطب في الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رضي الله عنه انه يجعل الحفر تحجيرا
وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم

بئرا آخر

الاول

الاول فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من
الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها
حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو
عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في الارض
على التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها
حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه
ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات
او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى
كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه
ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال
ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة
على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة
بناء على ان من احيى نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما
يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي
عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج
فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه
بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون
الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه
البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب
اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره
ان شاء الله وان كانت مسألة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر لاستمساكه
الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة
ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن
في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق
على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على

اذا كان مستمسكا به او بنهره فلا اخذ دافع بالماء عن ارضه والمانع من نفعه يتعلق

حق صاحب النهر لا ملكه كما لا يطا لرجل ولا اخر عليه حد فوقع لا يتمكن من نقضه وان كان

ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزق

وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه وقالا لصاحب

النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله ليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما

عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما

عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه

فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الخلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده

وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان

لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل

لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين

ثم عند ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند محمد رحمه مقدار

بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصول** في مسائل الشرب

فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا

من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع منها

ماء البحر ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد البحار ع

ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع من ماء البحار كالانتفاع

بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية

العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق

سقي الاراضي ان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر

بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد جاز لان الحاجة في الاصل اذ قهر الماء يدفع

قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب

وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق البلاد

والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث

اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في

ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو

الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح من دونه كالظبي

اذا

اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب

الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان

اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احيا كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر

لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب

والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما

في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا

حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البئر

او العين او الحوض او النهر في ملك غيره له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في

ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد فيقال

لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته

وهذا على ما قاله الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا

احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء

حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره

العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر

مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه

وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير

سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان

تاتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع

الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة

وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع

تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر

بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي

شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه

ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا

الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل

في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان

المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة

وهو مدفوع عمر

[illegible]

فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه يجري فيه الاباحة ولا
المحرز في انائه **فصل** في كري الانهار الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة الا انه عام
ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به
وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت المال لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته
عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه
احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رض لو تركتم لبعتم
اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه
بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر
بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه
خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا
لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه
على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا عليه اذا كان بامر القاضي فاستوت
الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري
النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب
الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود
من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس
على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء
عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة
نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه
لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس
على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل**

في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا
لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب
فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب
الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه
قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب والممشى
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان النهر بين قوم
واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار
الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر
النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان
تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل
رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح ولا يسكر بما
ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد ان يكري منه نهرا او ينصب
عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا
ان يكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف
في ملك نفسه فلا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير
الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان
لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق
منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ
الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر
بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا
اراد ان يؤخر عن فم النهر فيجعله في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول
الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في

الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل
والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى
فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور
الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة
وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر
الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى
بالطريق الأولى وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها
في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه وكذا إذا أراد
أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي
زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأخرى وهو
نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو أراد الأعلى من الشركاء في النهر
الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى
تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا
لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب
مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك
كلها حيث لا يجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا
سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا
لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد المقبوض من الصداق
لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته و
كيف يصنع الإمام الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها ثم
ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين
فإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها
وباعهما فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين وإذا
سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء أي ملأها فسال من مائها في أرض رجل فغرقها

ارض

التنز بالضم وتشديد الزاي ما يتحلب من الأرض من الماء وقد نزت الأرض إذا كانت ذات نز وتحلب منها الماء

ملأها وفي الصحاح مخرت الأرض إذا أرسلت فيها الماء صحاح

أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمان لأنه غير متعد فيه **كتاب الأشربة**
سمي به وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها **قال** الأشربة المحرمة أربعة الخمر
وهي عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير إذا طبخ حتى ذهب أقل
من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب
إذا اشتد وغلى أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها وهي
النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل
العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين
الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في
كل مسكر ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرنا ولهذا اشتهر استعماله
فيه وفي غيره غيره ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وإنما سمي خمرا لتخمره
لا لمخامرة العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن النجم مشتق
من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث
الأول طعن فيه يحيى بن معين والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب
الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت
به وكذا المعنى المحرم وهو الاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولأبي حنيفة أن الغليان
بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام
الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد وإكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في
حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر
ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منها حرام
لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه
تعالى سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عم
حرم الخمر وانعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر
ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو
غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه
إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الأحكام لا في الأسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل

[illegible]

المخامرة المخالطة اي خالطه وستره

بالاشتداد هم

وعليه هم

القطعية على ما بينا. والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي. والسادس سقوط
تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها
فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها قال ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذها
ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل فهو غصب في يده او امانة على حسب
ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن
الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع
بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب
والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل
قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره ذكرناه في الحدود
والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد
فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر
جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام
في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى
الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد
وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه
رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به
واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك
ابن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو
بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رض ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة
على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا غلا واشتد ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل
الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر

لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب
قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية
واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم
وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومه بخلاف الخمر غير ان عنده يجب
قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال
في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا
العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو
يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه
ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه
تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه
ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل
ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد
الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله
وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال
وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله قال ولا بأس بالخليطين لما روي
عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي به الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين
وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي
انه عم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر
محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين

ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان
وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا
والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا
لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك
وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن
الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه
يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى
الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان
اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد
مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه ولهم في اثبات الحرمة قوله عم
كل مسكر حرام وقوله عم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عم ما اسكر الجرة
منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر
ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب
خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر
وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي
حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث
الاول غير ثابت لما بيناه ثم هو محمول على القدح المذكور اذ هو المسكر حقيقة
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه
حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير
ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا
يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في
رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير
قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر

الاخير

والزبيب

والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير
العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين
عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم
انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله
لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح
من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو
في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير
لقوله عم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي
عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر
وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي
يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي
يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته فاذا
تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء
فيها وله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول
والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول
الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة و
التغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه و
بالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من
احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها
من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر
يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ
خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه
اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة
دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه

الدباء القرع جمع دباءة والحنتم بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء
الجرة الخضراء والمزفت المطلي بالزفت

قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه

وكذا لا بأس بنبيذ الذرة وقيل لا يحل الخمر اليها انها اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في
الكلب والسنة ولو القي الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل
اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال
الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في
الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا
بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره
الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه
اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم
يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل ثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير
طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث
فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير
تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل اخر ان العصير اذا صب عليه الماء قبل الطبخ
ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب
مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى
يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقي ماء وعصير كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة
دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع
الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي
بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب عنه الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب
بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ
ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب
بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال
عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة

وثلث

وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم عشرين على
ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل
جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان
وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج
غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد
والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه
وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب
غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك
وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب
ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد
بالرمي

فصل في الجوارح **قال** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب
من السباع او ذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان
تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح
الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما
الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى لانه
نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق
باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل
ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو المأثور عن ابن عباس
رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان
آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة
آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو

الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه
ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار
كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على
العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على
ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث
لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى
به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا
وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم وكان
الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية
تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام
ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد البلوغ **قال** واذا ارسل كلبه المعلم
او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله
لما روينا من حديث عدي بن حاتم رضه ولان الكلب او البازي آلة والذبح
لا يتحقق بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار
السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة
متروك التسمية عامدا في الذبح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة
الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من
الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى
اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب
بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه انه لا يشترط رجوعا
الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا وان اكل منه الكلب والفهد لم يؤكل
وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد
بما روينا من حديث عدي وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من
صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما
على اختلاف الروايات كما بيناه في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منه

لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان
الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد
امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول
بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا
اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود
لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك
للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له
ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم
يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه لانه
ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع
منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل
حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه
صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه
الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد
يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه
فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله
قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك
تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق
ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل

وهو قول الثوري لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رآه ولم يقدر على
الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على الذبح وهو قائم
مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها
على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف
ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع
في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل
بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت
لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة
الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في
يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء
بعدما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع
في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله وهذا الذي الخ
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية و
النطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله
اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد اذا
كان بحال يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه فوق ما يعيش ح
ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل
كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير الارسال اذ
الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره
ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل
يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بينا ولهذا

لسرط

يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى
حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك
حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا
لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه ونفذ
منه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله
لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن حيلة منه للاخذ وانما كان
استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للتمكن لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى
ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه
وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه
وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس
باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في
حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا
ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود
المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه
حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة
وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول
لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله
لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه
لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر

زجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار
زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر
دون الارسال لكونه بناء عليه. قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر
لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت
به الحل وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي
وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر
مثل الانفلات لانه اذا كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث
انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه
فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل
رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول
لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد
والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول. **فصل** في الرمي
ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا
ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي
يوسف انه خص الخنزير من ذلك لتغليظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في
شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال
فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع
الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه والاباحة تتناول ما يرجع الى المحل فتثبت
بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه
رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل
المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي
الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى انه وحشي
او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى
ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة
فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة

فيهما

الحس بكسر الحاء الصوت الخفي [illegible]

فيهما ولو اصاب المسموع ولو اصاب حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات
لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا
النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بينا. قال وان
ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى
اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عم
انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان
احتمال الموت بسبب آخر قائم فلا ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما
روينا الا انه سقط اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي
رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة
لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا
كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص
ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال ويؤيد
ذلك قوله عم لعدي بن حاتم وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري
ان الماء قتله او سهمك واذا وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن
الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن
التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما
هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى
وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على
شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى
موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او
على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع
على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معنى الارض كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة

او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو
وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل
مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله الامام السرخسي
على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على
انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا
اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان
انغمست لم يؤكل كما اذا وقع في الماء. قال وما اصابه المعراض بعرضه لم
يؤكل وان جرحه اكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل
ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمنا. قال ولا يؤكل ما اصابته
البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق
وكذلك اذا رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه
حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت
بالجرح وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله
بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا ان
كان رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه
بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة
يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا
واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات
بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه
حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد
وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل
بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة
صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم
يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار
وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة

لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه
القولين دخل فيما ذكرناه. واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه
حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه. قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل
الصيد لما بينا. ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس
بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة. ولنا قوله عليه السلام ما ابين
من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان
بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه
الصفة يحرم. وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح
في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من
الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في
المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من
الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فيتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا
او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل
المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا
والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثره يحل المبان والمبان منه لان
المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث يتنا
ول السمك وما ابين منه ميت الا انه حلال بالحديث الذي رويناه
ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع
لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل
وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم
يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة
معنى والعبرة للمعاني. قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا
من اهل الذكاة على ما بينا في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني

واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا
فاصابه فلم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل
لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله
فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة
الاختيار بخلاف الوجه الاول وهكذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد
لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال
لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا
ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه
بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة
اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم
بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله
يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب
فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال**
والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه
بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحة وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه
ثم وليها اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد
منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل
حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فيضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا
وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدري **قال** ففي الزيادات يضمن
الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف
قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا
واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين لان الاولى ان كانت تبيحه والثانية
ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال
يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف
اللحم فيضمنه فلا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
رمى الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرمي غيره ويصير
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني

بالرمي

فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين منهم

ثم

محرم فكذا هذا **قال** ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق
ما تلونا والصيد لا يختص بالمأكول قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت
فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او بشعره او ريشه او لاستدفاع شره
وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي
الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى
فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد
انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة **قال** الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا
الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من
الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية
وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه
قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان
ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس
موجبا ابتداء والاول اصح **قال** فاذا قبض المرتهن الرهن محوزا مفرغا مميزا
تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه
وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله
قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده
ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فهلاكه
لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة
والسقوط بالهلاك ينافيه وفيه نقض العقد اذ الحق يصير بعرض الهلاك وهو ضد
الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك
وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد
ما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم

قالها ثلاثا

كونه بعرض الهلاك

في كيسه والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله ثم لا يغلق الرهن على ما قالوا
الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد
الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى
كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم • وفارقتك برهن لا فكاك له • والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء
وهو ان يكون موصلا اليه وذلك بثبوت ملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود
مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين
لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك
فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء
بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور
والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد
الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة
والاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد
الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج
على الاصلين مسائل عدة مختلف فيما بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو
الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وهو
سيأتيك في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا
بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا
اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ولكن
ان نقول ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ
وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا تجب الا عند الهلاك لكن القبض
السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح
كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة **قال**
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين

والاستيفاء صح

ولكنه تجب عند الهلاك صح

سواء

سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان
المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من
الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله
الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين
الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في
الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا
بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء
فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة
امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما يروى
حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن
بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع
به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على
التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن
قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على
اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين
حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن
اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه وان كان الرهن مما لا حمل له
ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له
حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان
كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب
عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر
ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق
الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له
على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر
الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام
البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع
الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء

بجمع قد حل لاحتمال الهلاك وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى القيمة
على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان
القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كما لا بد من احضار عين الرهن وما صارت قيمة بفعله بعد
تقدم ما ردينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر
ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم
يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل
في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن
لانه لم يقبض شيئا وكذا اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو
ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن
بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توي المال والتوى على المرتهن فيتحقق
استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به **قال** واذا كان الرهن في يده فليس عليه
ان يمكنه من بيعه حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين
على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا
بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم
لوصول الحق الى مستحقه ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار
مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب
رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه فلا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو
هلك في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق
الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له
ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه
فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي **قال** وللمرتهن ان
يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان
حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بيناه

ثم اذا قبض المرتهن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

كما لا بد من احضار كل الرهن

بالرهن

جميع

جميع ذلك بالاجماع في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه
مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان
من الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه
لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين
لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة
وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان
لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على
المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن و
الاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في
الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون
اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في
مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى
في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت
قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى
الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في
الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيه ولهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة
البيت الذي ذكرنا فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان
وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يجب لاجل الضمان

بالضمان

فيستند بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من
الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك
والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي
لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه
فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه
امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز
رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ينبني على حكم الرهن
فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو
الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق
من الوجه الذي ذكرناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق
الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك
يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث
يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم والحكم
الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان
كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى
الوجه الثاني يمسكه يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما
ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه
لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء وجه الاول ان الامتناع
لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح
بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما اعتبرنا القبض في الابتداء
لنفي الغرامة على ما بينا ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع
في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة
على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في
الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع

الدوام م

فاشبه الهبة م

وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا
بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة ان رهن
الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار
بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع
الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه
مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله
به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل دون الثمر جائز
فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن
الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في
رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن
الدار والارض والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
كله لان الرهن حصل بكل الدين [illegible] على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن
الحمل دونها حيث يكون رهنا اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به
فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف
ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام
حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة
الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات
كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب
الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع
لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط
الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون
مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح

لان البناء م

المتاع م

عن ذمة العبد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه
ولو كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك
باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل
الوجوب وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلالتزام
المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما في الصوم والصلاة
ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل
الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف
الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك
في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لأن الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له
حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال السلم
وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وهذا استبدال
لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في
المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو المضمون على ما مر قال والرهن
بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار
للباطل فبقي قبضا بإذنه وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في
مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وإن
افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وإن هلك الرهن بالمسلم
فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو
تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه
لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك
الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهن به وإن كان محبوسا
بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه
لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذلك لو اشترى
عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد
المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد لأن
حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في

الحر وقيام المانع في المكاتب ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص
في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء
الأرش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا
بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لأنه لا يقابله شيء مضمون
ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه وإن
كان المرتهن ذميا لم يضمن للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما إذا جرى
ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن
بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا والشاة ميتة
فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته
شيئا ثم ظهر أنه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا إذا صالح عن إنكار ورهن بما صالح
عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون وعن أبي يوسف خلافه وكذا
قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا
لابنه الصغير لأنه يملك الإيداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتهن
بحفظه أبلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي
بمنزلة الأب في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما
وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء وجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن
في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا
نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير
المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الأب أو الوصي موفيا له ويضمنه
للصبي لأنه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال
الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي
يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته
من حيث وجوب الضمان وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر

لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته
مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو
ارتهنه الوصي من نفسه او من هذا ابنه او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه
وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو
قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير
ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير
وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع
من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة
للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان
الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء
واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس
للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة
تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن
رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين
فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن
الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان
فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا
على ما نبينه ان شاء الله والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك
على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو
استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة
نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي
ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال

في

في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كان قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من
الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة
رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل
كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى
هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير
ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار
واذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه
لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان
لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي
على الصبي بذلك لما ذكرنا **قال** ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فيكون محلا للرهن فان رهنت بجنسها
فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند
المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار
الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا
مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع
فهو بما فيه قال رضه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما
باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدره
الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور
لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار
القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض
ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء

بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد
من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين فتعذر
النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم
بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها
مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي
من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من
محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق
ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا
دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخير
ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه
فيكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان ايضا وعند محمد ان شاء افتكه
ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه
لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان
يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم
جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما ظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا
عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار
الوزن كله مضمونا فيجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة
تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي
يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور
رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان ذلك

شي

اثني عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها وفي تصرف المريض وان كان لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا
فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز
استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان
ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو (صفقة مع)
منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع
وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه
يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه
المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان
الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن
لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان
يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد
الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة **قال** ومن اشترى ثوبا بدراهم
فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما
ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني
حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة
وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن و
يحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك
او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن والله اعلم

فصل

ومن رهن عبدين
بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين و
حصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس

بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين
فصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا
الذي رهنه بكذا فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا
ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه
الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد ولان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى
انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين
بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف
الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين
وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة
من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايئا فكل
واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد
منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء
مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان
جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا
ادى احد المشترين حصته وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا
فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع
الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد
منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان
كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد
بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك
في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لاحدهما بعينه لعدم الاولوية ولا الى
القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل به وتعين
التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهنا معا اذا جهل التاريخ بينهما
وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف
ما يقتضيه الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في
الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء
وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به

لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال
ولو مات الراهن والرهن في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه
كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء
حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع
كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه
وحكمه في حال الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع
في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت
اختان النكاح على رجل فاقاموا البينة تهاترت في حال الحيوة ويقضى بالميراث
بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز
وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا
يرجع عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد
المالك في الحفظ اذ العين امانة في يده وفي حق المالية يد المرتهن لان يده
يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن
وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع
قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في
الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق
الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن
وهو المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن
في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده
لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه و
يجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع الى القاضي
ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول

والعبد نخ

العدل نخ

الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
وان كان ضمنا بالدفع

الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كانت باقية في يده اخذها
اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل
قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل وغيرهما ببيع الرهن عند
حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس
للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لا ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن
صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم
اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب
المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة
لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لم ينعزل لانه
لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه
لو بطلت انما تبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير
محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على
وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان
مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري
فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل
يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس
المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا الوكيل
حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه و
الراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل
غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني فان
فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر
على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن
وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني
وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب

لا يبطل الوكالة في ضمن الرهن بالموت

الوكيل ح

بالبيع ح

في الجامع

في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم
مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان
مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المرهون وكذلك اذا قتل العبد
الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم
فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع
به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن
الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان
شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون
المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان
شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه
بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه
امر ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين
انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة
لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن
بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه والثمن له وانما اداه اليه على
حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا
رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث
وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن
لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد
قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما
كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه
في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان
التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن

العدل ح

قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع كما في الوكالة
المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقته عهدة فلا يرجع
به على المتعين بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع
لحقه قال ش كذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع
قال وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء
ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الراهن لأن كل واحد متعد في حقه بالتسليم أو القبض
فإن ضمن الراهن فقد مات في الدين لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء وإن ضمن
المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن
وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار
الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا
طعن أبي خازم القاضي رحمه والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم
كما ذكرنا أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك يحصل بذلك متأخرا عن عقد
الرهن بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باختياره ابتداء فيستند
الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى باب
الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال وإذا باع الراهن الرهن
بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته
وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله يتوقف على إجازة الورثة فيما
زاد على الثلث لتعلق حقهم به فإن أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضي
بسقوطه وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضي
موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل
حقه إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون
إذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط
رأسا فكذا هذا وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز
وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة
صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا إن شاء المشتري صبر حتى

البيع

يفكه

يفكه الراهن إذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي
وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه وصار
كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإنه يخير المشتري قبل القبض لما ذكرنا كذا ههنا ولو باعه
الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على
إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز
الثاني ولو باع الراهن ثم آجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود
جاز البيع الأول والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه
لتعلق الفائدة به أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي يجب في
الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا
لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق قال فلو أعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن
في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ
في بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف إعتاق العبد المستأجر
لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب
أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشترى قبل
القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب وهذا لأنه قائم بملك الرقبة لقيام المقتضي و
عارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام
القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يتأخر إلى أداء السعاية
عند أبي حنيفة رحمه وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن
موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة يقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب الضمان تحقق وفي التضمين فائدة وإذا حل
الأجل اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا استسعى العبد
في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من
جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان قال رضي الله عنه

واولية اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فقد ذكرناه ان شاء الله تعالى
ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع
عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل
العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار
كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالة اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى
من حقيقته الثابتة للشريك فاوجبنا السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان
رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن
ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في
الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن
يبقى حقه ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال
له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر
هو يعتبره بالاقرار بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه
لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية **قال** ولو دبره الراهن
صح تدبيره بالاتفاق اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان التدبير لا يمنع البيع على اصله
ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو
ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ
لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق واذا كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين
فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال
المولى والمعتق يرجع عليه لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان
مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد
قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه

قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى **قال** وكذلك لو استهلكه
الراهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن
لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون
رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب
على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن
الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزائدة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم
الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند
الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت
رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على
صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم اذا كان فيه فضل يرده
على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فان نقصت عن الدين بتراجع
السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة
وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره و
يعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه
الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف **قال** واذا اعار المرتهن الرهن للراهن
ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن
فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان
يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك
الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا
لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا
يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي
عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد
منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة
والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا
يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة

سقط، لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما العارية
لم يتعلق بها حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل فهلك
قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد
الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد
العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن
بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو
جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد جميعا
وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما تنفصل زوالا
في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي
الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد
مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان
غرضه ان يكون مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن
وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر التقصي بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في
الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن
فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن كما قدمنا في الاستحقاق
وان وافق بان رهنه بمقدار ما امر به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك
عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب
على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بداية لانه برضاه وكذا ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن لما بينا وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب
بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته
وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين
فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه
غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على
الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا
تفريغ ذمته وكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل

ان

ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا
ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حال
الارتهان كما لو اختلفا في مقدار ما امره به فالقول للمعير لان القول قوله في انكاره اصله
فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك
في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه
كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه سلمت له مالية الرهن باستيفائه من المرتهن
كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير
قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وقد يكون رهنا عنده الى
ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال
مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد
برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا
افتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فبرئ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه
فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو
الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء **قال** وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق
الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تصرفه فيما وراء الثلث
والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه
قال وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها ومعناه اذا كان
الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه
لمالكه **قال** وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر وهذا
عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن
عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان مستند

للغاصب مسنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية
ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان
شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فان قال المرتهن لا
اطلب الجناية فهو رهن على حاله ولهما ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير
من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع
وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف
جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي قال ومن رهن عبداً يساوي الفاً بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء
عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط
الدين عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص
العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع
حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات
جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان
السعر بقي مرهوناً بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف
في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق
المستحق وان كان مقابلاً بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع
على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته
كانت في الابتداء الفاً فيصير مستوفياً الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان
يجعل مستوفياً الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفياً المائة وبقي
تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من
غير فعل احد لانه يصير مستوفياً الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال
وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فرجع

بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك ههنا قال فان قتله
عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن
بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهناً بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه
اخلف بدلاً بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم
مقام الاول لحماً ودماً ولو كان الاول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين
عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد
الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه فكذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام الثاني مقام الاول لحماً ودماً كما ذكرنا مع ان عين الرهن امانة عنده فلا
يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف
البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء
الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد
يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ
فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل
فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد
او افده بالدية لان الملك في الرقبة له قائم وانما صار للمرتهن الفداء لقيام حقه
فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع
والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار
كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو
الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انساناً او استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو
استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد
فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان

ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع
العبد فيه اخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين
المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى
هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين
المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان
كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد
لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد
العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة
العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد قيل لهما افديا لان النصف منه
مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان
اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا
وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راغبا كان او ممتنعا اما
المرتهن فلان في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال
حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان
كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء
غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن
ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة
حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه
كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين
القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه
يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم
فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو
ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد

رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن
متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن
متطوع في الوجهين جميعا لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا
كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان
الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا
باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان
القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب
الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه
آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم
قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم
آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا
بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رح
وفي رهن الوصي تفصيلات ذكرناها في كتاب الوصايا

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن
بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن
محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى
العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة
قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم
لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا
ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك البيع
قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع
مسالة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر
والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق
لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل

بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي
النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك
لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي كولد المبيع فما اصاب
الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا في وقته والتبع يقابله شيء اذا صار
مقصودا كولد المبيع وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل تخرج على هذا
الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع الصغير والزيادات
ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه اباحه فيصح تعليقه
بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين
لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين
على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب
اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا
عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن
في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في
الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه
في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع
والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان
ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع
عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن
الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا الشيوع في الدين والالتحاق
باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدل العقد بخلاف
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة
قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى

لو كانت

لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين
الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا
بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر
قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد
مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد
عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت
الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال
وان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا
مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى
يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا
يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في
ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن
يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر الف جياد فاستوفى زيوفا
ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم
يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه
من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد
على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين
ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا
احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة
رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت
منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن
شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او
بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى

لا بدخولهما معا

من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قايم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول وانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء ولانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن محيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله تعالى اعلم كتاب

الجنايات القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي وفي قول له الا ان له حق العدول الى المال من غير رضا القاتل ~~وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لانه تعين~~ مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند

الشافعي

الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطا فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقالا وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطا على نوعين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بينا ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا والمراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد في بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على

غالبا ح

العمد م

في م

رجل فقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير
ملكه ووجهه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي
يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به
في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص
اتلافه بآلة دون آلة **باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب** قال القصاص واجب
بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بينا واما حقن الدم
على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر
بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد
بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى النقصان
ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام
لا يقتل مسلم بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة
ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام
المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف
وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التفاني والتقاتل قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده

وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه
فمن المحال ان يستحق له افناءه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء
مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من
قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة
من قبل الام او الاب قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان
القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة
قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل
ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على
المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه
استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز عنه كما في كسر العظم
قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا
لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار
كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا
يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء
وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى
ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته
على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها ولو لم يترك وفاء
وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ
بالعجز واذا قتل عبد الرهن لا يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل

لانه في الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولهذا ان
يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان يقطع
يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له
ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ~~عن~~ ان
الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس لا عتياض عنه فنزل منزلة الاستيفاء ووجه
المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف
القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما
فيه من الابطال فهذا اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملك في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على
ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي
بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي
بمنزلته فيه **قال** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة
وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
منهم كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت
ومسئلة المولين ممنوعة **قال** ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد
قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد
الحديد لوجود الجرح وكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية
عن ابي حنيفة اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل
النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما بينا وقيل هو بمنزلة السوط وفيه
خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة وله ان الموالاة في الضربات الى ان مات

ودليل

دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد
الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل و
الشبهة دارئة للقود فوجبت الدية **قال** ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص
عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عنده يستوفى حزا
وعندهما يغرق كما بينا من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة
فاستعمالها امارة العمدية ولا مرد في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الالة غير معدة للقتل
ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن
المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكم الزجر لان القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومأت
اليه اضافته الى نفسه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة **قال** ومن جرح رجلا عمدا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه
في الظاهر فاضيف اليه **قال** واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد
نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا
الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي
حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين
فان كانوا في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر
سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية
فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس
واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في
الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه
وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه
اختلاف المشايخ على ما تبين في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان

جنس آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس
النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية
فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين
سيفا فقد احل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل
عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في الجامع الصغير فحق على المسلمين
ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير
ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق
في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان لا يلبث ولكن في الليل لا يلحقه
الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا
قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما
قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في
ماله وقال ابو يوسف رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف
انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون وللشافعي رح انه قتله دافعا
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى
لو حققا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما
حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل
البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب
الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص
معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته
قال ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه
السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتال دفعا في الابتداء فكذا استردادا في
الانتهاء وتأويل المسألة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل باب
القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان

كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل
ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص والا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فيعتبر ولا معتبر
بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف
والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص
لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان
المماثلة فيها على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل
عينه المرآة فيذهب ضوؤها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة قال وفي السن القصاص
لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة
السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا
قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي
الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة
في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد
ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما
هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها
دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ
ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين
خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس
لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف
التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف
ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر
للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا
ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة
ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد
المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا
متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي

ان يبس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي
بالرديء مكان الجيد فلو سقطت المؤنة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له
عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفوات
محله بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه
وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة
فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه
من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي
عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة
في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار
لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف اذا
قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن
اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض
الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا
قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة
ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع
بعضها لانه يتعذر اعتباره فصل واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد والله
اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط
عفوا وكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي
والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع
وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في
امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان
القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل
فالالف على الحر وعلى المولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد

الشركاء

الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص
وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية
خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عم امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من
عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى السبب وهو الجرح واذا
ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين
وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا
لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله
ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما
اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت
يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه
والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه
عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضه فيه لو
تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة
للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء وان قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين
قتل بجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له وسقط حق الباقين
وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف
الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته
له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو
المنصوص في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
من الاولياء ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد
منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله

فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء
فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احد شيئين عنده
قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية
وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت
له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا
ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ
فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزأ
ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف
الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا
فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على
التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد
استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد
الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق
الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في
المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر
في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه
القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى
على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى
آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب به آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر
والله اعلم فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ

يده

يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ وبرأت يده ثم قتله خطأ
او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان
الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد
تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء
وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ
يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع
بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو
يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
القتل او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب
القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف
ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة
ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية
فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا
يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه
دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق
التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل
ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة العدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب
وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش
انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن
القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم
مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن
النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما
ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو

عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون
العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية الساري
والمقتصر كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه ونحن نوجب ضمانه فكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد
الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة
للقصاص ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري
قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف
العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في
العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطا فقد اجراه مجرى العمد في هذا الوجه
وفاقا وخلافا فاذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطا فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه
ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطا فموجبه المال وحق الورثة
يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم م
ات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطا وان كان عمدا ففي مالها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه
عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث عنه ثم القطع ان كان عمدا
يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير
السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على
ما نبين لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه
قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بينا واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء
فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها
واذا كان القطع خطا يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في
اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها
قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع

عمد

عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل
على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم
ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع (ثلث ما)
المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على
مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنه فمن المحال
ان يرجع عليهم بموجب جنايته وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما
انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال
ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل
عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له
القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص
لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا
منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم
قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم
يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى
حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه
وكذا اذا سرى وما برى او عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار
كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا
انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لم يجب الحال (في اليد ثم)
لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ولكن القصاص في النفس موقوف
لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعراض لانه يتصرف فيه فاما قبل ذلك فلا يعلم
لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فقلنا انما يتبين

كونه قطعا بغير حق البرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ فالصحيح أنه على الخلاف وإذا قطع ثم
جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء، ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والأصابع
وإن كانت تابعة في الكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لأنها تابعة
للنفس من كل وجه. قال ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس
ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن
التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس في
وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لأن
حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولأنه جرح أفضى إلى فوات
الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما
استشهد به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقلدا كالإمام أو عقدا كما في غيره
منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا
وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد

باب الشهادة على القتل ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقالا لا يعيد وإن
كان خطأ لم يعدها بالإجماع وكذلك الدين يكون لأبيهما على الآخر لهما في الخلافية
أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه
له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه
بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وله أن القصاص طريقه
الخلافة دون الوراثة ألا ترى أنه يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين
والدية لأنه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته
فإنه يملكه وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد
البينة بعد حضوره فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد
خصم ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكن
إثباته إلا بإثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين
قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا. قال فإن كان الأولياء
ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما
لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فإن صدقهما القاتل

فالدية بينهم أثلاثا معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما القاتل فقد أقر بثلثي
الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق
ويغرم نصيبه وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل
أيضا وهذا لأنهما أقرا بالشهادة على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب
نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما العفو
عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف
إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره
بذلك. قال وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القود إذا كان عمدا لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بيناه والشهادة على القتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب
إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه
بشيء جارح. قال وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلدان أو في الذي
كان به القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو مكان غير القتل
في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الحكم عند الأول
شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا إذا قال أحدهما
قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد
قال وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو
الدية ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم المشهود عليه سترا عليه ولو
لأنهم في نفي العلم ظاهرا وردوا احتياطا في إصلاح ذات البين وهذا معنى فلا
يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا تلزمه العاقلة
قال وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله
أن يقتلهما وإن شهدوا على رجل أنه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال
الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل
واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الأول من المقر
له والمشهود له ولكن التكذيب في الأول تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره

في الباقي وكذب الشهود لان الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان
التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل قال ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع
به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط
تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله
ان الضمان انما يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمى اليه فيها
متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في
حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقتل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة
ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا
وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا
ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال فان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم
وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى
غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت
بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب
ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب
قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد
السراية لو وجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف
شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا الرمي فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف
النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالف في وجوب القيمة
نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل
ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو
مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان
رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة
اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم
حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه
لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي
وفي الثاني حلال فافترقا قال وفي شبه العمد الدية مغلظة على العاقلة وكفارة

لو وجب شيء

كتاب الديات

على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله
تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي
فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب
بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه
مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته
قال وهو الكفارة في الخطا لما تلونا ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة
من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون
حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عم الا ان قتيل
خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها
اولادها وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ
وذلك فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت
لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ
ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة
لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال
وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل
قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون
بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود فاخذنا نحن والشافعي به لرواية ان النبي عم قضى في قتيل قتل
خطا اخماسا على نحو ما قال ولانا ما قلنا اخف فكان اليق بحالة الخطا لان
الخاطئ معذور وغير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض
والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم
وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي عم قضى
بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم
وتأويل ما روى انه قضى بها من دراهم كانت وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك
قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها
ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان

لان عمر رضه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم
المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف
بالآثار المشهورة وعدمت في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي
حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذه آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف
وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رضه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف
وامامه فيه زيد بن ثابت رضه والحجة عليه ما روينا بعمومه ولان حالها انقص من حال
الرجال ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها
واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال
الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال
مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف
عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عم
جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
ولنا قوله عم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر
وما رواه الشافعي لم نعرف روايته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر
مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة **فصل** فيما دون النفس قال في النفس
الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عم قال في النفس الدية وفي
اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله لعمرو بن
حزم رضه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا
مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عم بالدية كلها في اللسان والانف
وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على
الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن
مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة
مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة
وهو النطق وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم

على

على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر
على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب
كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطء والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة
الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل
اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا
اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي
ان عمر رضه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر
قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر
الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة
في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر
والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي
حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال
الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق
به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رح انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود
في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل
هو الاصح لانه تبع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة
فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن
والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال
الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان
لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه الامر المحرم وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة
انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب
حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه شين ولا زينة ويستوي فيه العمد والخطأ على هذا
الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل
وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية
وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن
المسيب عن النبي عم قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عم

حديث سم

لعمرو بن حزم رضه وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من
هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احديهما
تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت
جنس المنفعة قال وفي احديهما نصف دية المراة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث
تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة
لفوات جنس منفعة الارضاع امساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بينا قال وفي
اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما
ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة
منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون
باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي
كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها
قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة
فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية
كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال في كل اصبع فيها ثلاثة
مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع
وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عم
في حديث ابي موسى رضه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في
اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه
القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية
كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت
جنس المنفعة وكذا لو احدودب لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت
الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر **فصل** في الشجاج قال الشجاج عشرة

الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله
كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه
والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة
بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم
العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس
وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عم قضى
بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين
اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال
محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالبا فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة
عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور
عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي
الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية
وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في
كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي
الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عم
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا اوجب في النافذة ثلثي الدية قال رضه
ذكر محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود
وما ذكرناه مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه
شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانه يقع قتلا في الغالب
لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في
غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو

إنما ورد فيهما بخصوصهما ولأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه

فصل وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا ولا إلى أن يكون تبعا للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع

قال وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كانت أصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ولا إلى إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرا والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصل في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها

ولا مواجهة في

القيمة يجب ربع عشر الدية صح

الجمع صح

قال وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي تجب دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ

قال ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لأن كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا

قال وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الأول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا وجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة واترك الزيادة وهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تتعدى إلى الآخر كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجناية

الجراحة

الاول سراية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السراية فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة والحركة الثانية وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورث شبهة
الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس بفعل مقصود وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن يقتص من الاول وفي الثانية
ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى وهو
ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في
النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار
الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص
توجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب
البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاول فانقلب الثاني مباشرة ولو كسر بعض
السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على
الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان
الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت
عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع
سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا
مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود
الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول
فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فوات السن
ولم يفت حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع
وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت
تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة
فيجب المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب

ليكون

ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث
يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى
الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب
وعن ابي يوسف انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو
لم تسقط لا شيء ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في
ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر **قال** ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق
لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال
محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ
ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة
ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش الضرب يعني اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في
الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ فعليه الدية وسقط
ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس
بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة
لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان
الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما
يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل
ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا
عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع **قال** واذا قتل الاب ابنه
عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب
بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال
وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون

ولو اصفر ففيه روايتان هـ

ذلك هـ

لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا هـ

جبر بجبرانا او عوضها

مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم
التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة
ولما لم يجب بالقتل الخطأ فيه الا في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى
المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ
وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون
وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه
تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب
الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي انه جعل
عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل
الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا
التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا
القلم

فصل في الجنين واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة
نصف عشر الدية قال رضي الله عنه يعني دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة
قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو
مالك والشافعي وهي الغرة على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في
ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس
ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول
الله عليه السلام جعله على العاقلة في سنة واحدة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه
نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من
نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في

التغليظ باعتبار العمدية قدر ما لا يكون ... جناية اعترف بها صح

الجنين الولد ما دام في بطن امه ... اجنة ... صحاح

الغرة بالضم ... عبد او امة ... مغرب

وفي الحديث قضى رسول الله عليه السلام في الجنين بغرة كأنه عبر عن الجسم كله بالغرة مغ

وليس

ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت
معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم مات
ففيه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية
بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت
الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين
لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال
الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية
ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك
قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو
ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه
قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف
عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه
جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال
ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان
في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكرنا فيضع الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى
ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا
لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد
تجب قيمته ما بين كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله
تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب
الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى
الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة
الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء
العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة
والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق قال واذا اخرج الى الطريق

مضروبا الى كونه صح

من الاحكام صح

الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد
صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق
النقض لو احدث فيه غيرهم شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به
ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا
اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس
لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم
ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم
وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق
كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان
الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق
روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه
متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما
ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل
فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط
الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه
لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه
لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن
الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر
النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا
للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة
في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان
على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق
جمرة فاحرقت شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرقت شيئا
لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد
افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع
فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا
لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت الكفارة

والقتل

والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان
على رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب
به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه
لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه
فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش
جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها
جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا
استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر
استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال
ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان
تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون
المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر
والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه
ليس بمتعد فانه ما احدث فيه شيئا وانما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق
وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب
به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره
السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا
اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان

اذن، فلو كان او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
ان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف
الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك
وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد
هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه ومن استاجر
اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انه
في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فساده فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا
مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك
يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن
ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه ولو علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح
امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم فان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه
حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له
لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء
الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان
على الذي جعل القنطرة وكذلك لو وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان
الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر
اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا
في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين
والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد
حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا
يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق
واحد منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن فان كان الذي

هدر

فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد
من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب
الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا
والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل
لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان
جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير
الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا
الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة
في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فيها ولابي حنيفة ان المسجد بني للصلوة
وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا
والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا
اوطأ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره ولو جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة
فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان
مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده **فصل**
في الحائط المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد
عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان
لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في
ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان
الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه
وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير
متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب حتى يضمن اذا هلك في يده وكذا هذا بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع عن التفريغ

يكون صح

في الصلوة وان كان صح

فافعالهم صح

فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط
فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب
بالدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى
كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب
ضمانه في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد
وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح
الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن
ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة
رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك
في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه
بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم
رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة
بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار
خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل
ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا
مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس
اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان
الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا
بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه
ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن في تركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح
التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم
اليه كالمرتهن والمستأجر وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك
بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام
في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعلهما كفعله والى المكاتب لان الولاية
له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التلف

السقوط

بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم
الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه
بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله
فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان
المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه
ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط
بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته
وان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه
ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين
لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه غير معتبر فكانا
قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل ولابي حنيفة ان
الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة
وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها
صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها **قال** الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت
بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها
او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف
في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا
ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها
فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة
عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة
فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او رجلها

حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان
كان حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه
وفي الثاني يمكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا
كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب
انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من
الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها
او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة
من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن
لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه
مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان
كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه
كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة
كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليهم ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة
بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب **قال** وفي الجامع
الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا
كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف
بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه
لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم
التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق
والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت
الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم فارسان
فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل
واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر

النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا
على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان
الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح
مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من
دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم
اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ وان كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان
الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة
وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر
عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد
تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة
الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة
العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد
في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة
قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذلك على هذا سائر ادواتها
كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو
ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قصد بحفظ
هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة
قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن والدية
على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار
متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة
فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد
للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما توسطها
واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه **قال**

وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة
القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي
التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو
الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما سبب لان
الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا
اذا ربط والقطار تسير لانه آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ عن ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره
بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه **قال** ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا
فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه
فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل
السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا اذا ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن
ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة
في فعلها ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة
مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه
ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا
لاموال الناس قال رض وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او
يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما
اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة
تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل فينقطع
حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله
وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال
للاصطياد فمباح ولا تسبب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره
ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت
مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته **قال** شاة
لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين

جمع م

[illegible]

باربعة اعين اي بكمال اربعة اعين ... عيناها اي عينا الدابة وعينا المستعمل ... فكأنها تكون ذات اعين اربعة ... فيجب الربع بفوات احديها ...

الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رض
ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي
وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه ~~تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه~~ تشبه المأكول
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة
العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات
احديها **قال** رض ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود رض ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة
اليه كأنه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه
في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس
نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني
على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه
الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف
انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة
والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك
بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق
فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة
مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه
يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط
او علة للسير والسير علة للوطء ولهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع
في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لان الحفر شرط علة اخرى
دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره
وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا
امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم

لا يرجعون على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا امر له سائقا فنخس بغير
امره ثم لا يرجع على الآمر ثم ان حصل ما يفضي اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا
اليه واذا لم يكن في فوره ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا
الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في
فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه وان نخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بفعلهما
ولو نخسها بشيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك
الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله
جناية المملوك والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه
بها او تفديه بها وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش
وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل
في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة
للعبد لان العقل عندنا بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين
ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي
حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد
الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل
في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم
فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل
الاموال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل
الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر
لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه
ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في
الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في
الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا
وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق
فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه

سلم

سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على
ما بينا وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
فان عاد وجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى يعني بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء
جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى
ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية برقبته
فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان
كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم
لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من
ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار
ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة
بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى
الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان
في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون
العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه
للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط
به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الاقرار
كما قاله المقر وعن الكرخي كالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق
البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع
ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا
حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبها يثبت قبل قبض البدل
فيصير به مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان
المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى

بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا
كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا
بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه
لا ينتقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار
الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه
دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من
قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت
فلانا او رميته او شججته فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت
تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو
علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت
العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا ههنا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى
ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت
الدخول وكذا لو قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات
من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه
طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهو
دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء
فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل
للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح
وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين
اطراف الحر واذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعا بغير بدل فيبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث
في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على
الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد
تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص
عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل

فانت حر ثم

لكون

لكون ارضى كونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على
خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال فالعبد صلح
بالجناية الى اخر ما ذكرنا في الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى
النفس ومات حيث لا يجب القصاص ثمه ومن قال يجب قيل اذا ذكرنا هنا جواب القياس
فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو
عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك
وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل
الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه
اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه
الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة للاولياء
الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء
والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان
يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث
تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك
فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لحق كل منهما باتلاف الحق بلا ترجيح فيظهر ان
فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها
في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان
وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل
زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطا فلا شيء له لانه لما زعم
ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق
على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا
عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه
اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب

يجب ثم

[illegible]

في جنايته العبد على المولى وقضاه او فداه وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي
وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفاً
كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي
وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحساناً
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئاً بعينه يؤمر برده عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى
وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى
التملك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى
صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فان القول قول المقر له
وهذا لانه اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا
يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة
لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل
الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبياً
بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء
على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبياً لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر
ابداً ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا
لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبداً
معناه ان يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع
او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء
او قيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان عمداً والعبد القاتل
صغير لان عمده خطأ اما اذا كان كبيراً يجب القصاص بجريانه بين الحر والعبد
قال واذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد
منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد
وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال في الابتداء
وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف

اذا كان القتل خطاء وكذا في

وبقي

وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمداً والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه
المولى فداه بخمسة عشر الفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي
الخطأ لانه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد
وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفاً وان دفعه
اليهم اثلاثاً ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعاً
ثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف
لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين
في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعاً وعند ابي حنيفة يقسم بطريق العول
والمضاربة اثلاثاً لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات
قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريباً لهما فعفا احدهما بطل الجميع
عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض
النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضاً وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة
وذكر في الاكثر مع ابي يوسف وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا
احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب
في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف في المسئلتين له ان حق القصاص
ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ...

فصل ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت
قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت
قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون الفاً وهلك في يده تجب قيمته
بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك
العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية
اصلاً او بدلاً وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة
اوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمي ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً
وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما والضمان في
الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى

بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص ولا تغلظ الدية فكذلك في الدية وفي قليل القيمة
الواجب بمقابلة الآدمي الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة
الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة
بأثر عبد الله بن عباس قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة
لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل
ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو
بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه
تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد
فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا
اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى
القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص
في الوجه الاول للاشتباه في الولي لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فتحقق
الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر
اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال
الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهي ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية
قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى
فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال
المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها
يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى
فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف فصل الورثة
لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة
لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من
له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه
فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان

يكون

يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق فاذا
امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت
الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول
كالجواب عند محمد في الفصل الثاني قال وان قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق
على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا
مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء
من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد
الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا وواحد منهما حر بيقين فيجب قيمة عبد
ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن
بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في
المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل
من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا
في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء
امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ
ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه
يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط
اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه
بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر
ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر
لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين
لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المالك
على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان
شاء المالك دفع اليه الثوب وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان
ولابي حنيفة ان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي
الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء
وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام

الا بعيبا لان موجب الجناية على المولى لان يتابع رقبته عنها ثم في احكام الاولى ان لا تقسم
على الاجزاء ولا تملك بالحنث وفي احكام الثانية ان تنقسم وتملك بالحنث فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم **فصل** في جناية المدبر وام الولد **قال** واذا جنى المدبر او ام
الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية
المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير
اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته
ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من
القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة
بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة
ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فكذا هذا ويتضاربون بالحصص فيها
ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق **قال**
فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع **قال** وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء
اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى
لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا
دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى
ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية
الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية عملا بالشبهين **قال** واذا اعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه
بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان
الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء
عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد
عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع
يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب

قاطع

قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع
ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان
قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور
عليه مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه
فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق عجز نفسه
عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة
واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب **قال**
ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف العبد بسبب كان في يد الغاصب **قال** ويدفع الى
ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية
الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما
انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه ليتم
حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد
الغاصب **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان بجنايتين ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان
استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية
الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا
فجنى في يده جناية ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين
ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في
جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة **قال** ومن غصب
مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب
عوضا سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في

اي استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق

وان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاولى لانه يستحق كل القيمة لان وفي
عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد **قال** ويرجع
على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية
ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد
ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد
المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية
الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات
في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب
الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا لا رقبة كان اولى
وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله
الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون
في كل مكان فاذا كان الصغير حرا اذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف
اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت
فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فأكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه
لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي
وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي
ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر
وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف
مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت
حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للحفظ الا اذا

اقام

اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي
على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت
الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا
اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره **قال**
الذي وضع في يده المال مع
وان استهلك مالا ضمنه يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر
بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي
ان كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كان الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد
وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه
او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان
اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين
بل يردها على الولي فان حلفوا فلا دية عليهم للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه
السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا
تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على
المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
على من انكر مع
المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم
لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة
وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه
والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين
الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون و
يعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا
في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا
يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل
تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

ولنا ان النبي م جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر
بينهما على وادعة وقوله م تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا
اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت
ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان
اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول
في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى
على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو
ادعى على البعض باعيانهم سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة
كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رض لما قضى في القسامة وافى
اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجبة بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب
فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيها استعظام امر الدم فان كان العدد
كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال
قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال وان
وجد ميت لا اثر به فلا دية ولا قسامة لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت
حياته بسبب يباشره الحي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال
القتل ثم تجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون
به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا
بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج
من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل
او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده
او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن

الا ان

الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري
القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب
في الموجود فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه
وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط
ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان
كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره
وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا
وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي
ان النبي م اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض انه لما كتب
اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل
الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ
اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا
قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية
على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة مع
الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية
التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى ان النبي م جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان
لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي م اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو
على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا
مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص
بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل
وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك

بعد ما اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين
لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا
حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره
فلا تشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا تشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور تلزمهم
نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة **قال** وان وجد
القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال
لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير
فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة **قال** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي
في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار
فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من
له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار
دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار
يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك
الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد
وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا وان كان
الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ **قال**
ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه
لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها
محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها
من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين
فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير المالك في ذلك سواء وكذا العجلة
وهذا على رواية ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون

الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة
فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال
بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف
يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت
فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال
وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه
يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها
بين ابي حنيفة وابي يوسف **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر
وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث
من غيره فلا يوصف بالتقصير فلا يجب عليه حقه وهذا اذا لم يكن مملوكة لاحد اما اذا كانت
فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد ذكرناه
وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان
محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص
بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى
انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى
الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه
القياس والاستحسان **قال** وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق
ما بيناه وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم
لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل
ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا
على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه **قال** واذا التقى قوم بالسيوف
فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء

على ذلك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة
اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق للحديث الذي رويناه لا يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد
قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا
قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت
ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف
على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف
عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما
وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
ولابي حنيفة انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذا الاصل
يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان منهم
عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه
فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك
لانهم اخرجوا انفسهم عن القاتل قال ومن جرح في قبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا
قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت
صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وقياس قول
ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي
القولين فيما قبل في مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته

فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة

لورثته

لورثته عند ابي حنيفة وقالا وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فكانه
قتل نفسه فيجعل هدرا ولابي حنيفة ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ولكن
الكتاب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير
كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد
احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتله
فلا يضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان
التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة
ومحمد القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها
في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من
كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي
التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة
في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل
قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب
الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية والله اعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان
تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل
على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل ابن مالك للاولياء
قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي
تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم
اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم
مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان
يؤخذ من عطاياتهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين
كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب

حكم

قتل نفسه ويحتمل ان الاخر

ولنا قضية عمر رضه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل
النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضه قد
صار بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها
فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي
عن النبي عم ومحكي عن عمر رضه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة
مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها لحصول المقصود
وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية
قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ
منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا
كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث
الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في
ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف
لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا
فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين
اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته
كما في ولد المغرور **قال** ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم
وهي المعتبرة في التعاقل **قال** وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضه كذا ذكر القدوري رح في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية
في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم
وثلث درهم وهو الاصح **قال** فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
معنى نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات

الاخوة

الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل
لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما
يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك
اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على
كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال
فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى
بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة
العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل
سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كانت تخرج في كل ستة
اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ
من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد
القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر
اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم **قال** وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا
قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه
اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية
ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة
ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان
والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا [illegible]
لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب
جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض
لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عم **قال** ولا يعقل اهل مصر

عن اهل مصر آخر يرد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل
مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا
حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار
بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره
وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل
ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل
الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم (ويدفعون عنهم م)
اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا
لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث **قال** واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان
الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار
نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر
لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل
فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم
قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عواقل
معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان
الوجوب على القاتل وانما تتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه
بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام
لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة
واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو
كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه
يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية

عن ابي

عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا
حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو
المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا
كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها
تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء
عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين بما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا
ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه
حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة
لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية
على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما اذا
كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام
في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم (اول مرة م)
لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير
ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من
اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل
والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول
لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر **قال** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه
وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف زفر وقد مر
في الولاء **قال** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر
فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف
في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع **قال** وما نقص من ذلك
يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة

كما ذهب اليه الشافعي او العقوبة في ان لا تجب شيء على العاقلة الا ان ترك ولنا
روينا وما روي ان النبي عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر
بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب
ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة
جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر
بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه
لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم
يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم
يقضي لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار
اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته
بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في
حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله
خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي
يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس
من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد
قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له
عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من
بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت
المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب
الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف
على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان
نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام
بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة
الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان
ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا

في ثلث سنين من يوم

على قوم

390

مسلم

على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله
ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول
ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام
عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره
في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب منجمة بطريق
التيسير قال رضي الله عنه هذه عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان
يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء آخر بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى
قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى
وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى
بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل تأتى
له التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية ولو اضيف
الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور باملة مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف
البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده
المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه
ومثله في الاجارة بيناه وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين
وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو
قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير
اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص الثلث والثلث كثير بعد ما نفى
وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه

في آخر الحال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق
من الايثار على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار
لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق
يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق
فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد
يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق
فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز
باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث
والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض
وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان
كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم
الميراث وقال الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه
قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين على ما بينا
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته
باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود
اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه
يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف
الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية
لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في
الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما
رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعضهم ورد بعضهم يجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر

للمسلم

للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني
لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة
الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها
الموصى له في حال الحياة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به
فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون
الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك
ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية
باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون
بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو
الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر
وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه
انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد
ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك
لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع
من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل
القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا
ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه
الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل
الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم
على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم
الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها
قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي

جاز وصية يفاع أو يافع وهو الذي راهق الحلم ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل
الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره. ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير
ملزم وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم
مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا ويحرز الثواب بالترك على ورثته
كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال
اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيته وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال
وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال
إذا أدركت فثلثي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال
سقوطه **قال** ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء لأن ماله لا يقبل التبرع
وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردها إلى مكاتب يقول كل مملوك
أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم أعتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه **قال**
وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أما الأول
فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث
فكذا في الوصية إذ هي أخته إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها
تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام
فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في
غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى **قال** ومن أوصى بجارية إلا حملها
صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق
تبعاً فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه
وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق بينهما وما لا يصح
إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع **قال** ويجوز للموصي الرجوع عن
الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول
يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع **قال** وإذا صرح
بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة
لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه
يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك

فاذا

فإذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب
زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن
والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها
لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته
بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف
أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى بها ثم اشتراها أو وهبها
ثم رجع فيها لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعاً وذبح الشاة
الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار بهذا المعنى أصلاً وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان
تقريراً **قال** وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد وقال أبو يوسف يكون
رجوعاً حقيقة ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا
كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
قال ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً لأن
الوصف يستدعي بقاء الأصل بخلاف ما إذا قال فهي باطلة لأن الذاهب المتلاشي
ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف
ما إذا قال تركت لأنه إسقاط ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان
كان رجوعاً لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به
لآخر لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعاً عن الأول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر
ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للأول ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل
الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت والله أعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم
الإجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون
بينهما ولو أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً لأن كل واحد

لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً صح

فيستويان في الاستحقاق صح

بدل البيع صحيح وضاق الثلث عن حقيهما قسمناه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون
فيجعل الاقل سهما فصار ثمانية اسهم سهم لصاحبه وسبعة لصاحب الاكثر وان اوصى
لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا
نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة
بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان
احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك
واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم
يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو
اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد
الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به
فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما ذكرنا
قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد
على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في
الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد
عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود
وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا
قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك

المجلس

المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس
فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان
فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد
بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث
ما بقي لان كل واحد منها مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة
ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس
الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع
والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث
ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من
الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد
فهو بمنزلة الدراهم وكذا الكيلي والوزني بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور
المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل
هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع
والاول اشبه بالفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق
حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس
في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما
يصير مالا عند الاستيفاء وانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو
بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم
الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله
نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف
ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان

ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم لان ثمه قال ثلث مالي
لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق
الا نصف الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه
عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو
اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما
ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل
بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت
فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة
لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في
مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في
ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال له شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه
لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا
اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل
فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القرآن ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب
خمسة والثلاثة للثلاث ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه
للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى
مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بينا قال
ولو اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث
كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلنا لاتحاد المال

[illegible]

والوصية لهن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ما مر

ليصيب كل واحد منهم ثلث مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين
ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على
مساواته كل واحد منهما بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان
علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق الوصية فلا يحتاج اليه ثم يعلم باصل الحق عليه دون مقداره وسعيه
في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم
فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم
بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد منهما فيما في يده فاذا عزل يقال لاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق
في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك
لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فيصح في
الاول ويبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا
وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه
وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما
له فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه

[illegible]

يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشركه فيبطل
في ذلك القدر ثم لا يزال ينقض حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا ولا
الاول حصة احد مما من غير حصة الاخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلثة
اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو
والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب
الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود
فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين
لانه اما ان يكون وسطا او رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد
بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو
الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق
الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال واذا
كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة
فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ
الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت
في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في
نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته
كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به
حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل
بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء
بما ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز

يصير

يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان
جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرنا او لان مراد الموصي من ذكر البيت
التقدير به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير
على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد
وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق
ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان
الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر سهما للموصى له
سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف
فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر
بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات الموصي
لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب
المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازته فاذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف
ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة
لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوا سقط حقهم فينفذ من جهة
الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب
اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له
تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في
يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا
بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم
للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ
نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية

وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده صح

فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام
دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت حتى يقضى به ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة اخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي
الجامع الصغير عين صورة فقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى
بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا
حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء
من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا
الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان
تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله
بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى
ينعقد العقد بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت
بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل

في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها
ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي
اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال وكان الدين اذا كان في حالة الصحة او
المرض الا ان الدين الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي
وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف
الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق
وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة
الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية
قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح اقراره لقيام السبب حال

صدور

البيع جم

تبطل جم

صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب
الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين
لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت
واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في
مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا
تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان
وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف
منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب

العتق في مرض الموت قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك
كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية
مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية
لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك
ما ابتداه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة
وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة
دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من
جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء
تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين
والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اوصى له يضرب بجميع
وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي
ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فاذا قدم ذلك فما بقي من الثلث
بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية
ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب
التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا

وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي صح

بعد لا لضعفه والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
وان وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة
محاباة ثم عتق ثم محاباة قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى
ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق
الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال **قال** ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة
عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة
يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك شيء منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة
وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ
لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه
من غير الدعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير الدعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه **قال** ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد
كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت
وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه **قال** ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك
على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا
خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة
كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له
والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء
او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من
التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث

ينكر

ينكر لانه يدعي العتق في مرضه وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال وكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول
قوله مع اليمين **قال** الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او
يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اثباته
لاثبات حقه **قال** ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل
لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق
دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه
بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق
لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة
لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات
الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان
لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل**
ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها
مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما
هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان
الظاهر ان يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي ان يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه ان يقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى
وجه الآخر ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى
ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية
للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات

يتام جمع

على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح
بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسها
مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه
رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال
ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها
غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق
من قبل **قال** ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من
بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدا من ذلك المكان كانه
من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى
الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم
الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله
قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار
ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان
ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في
المسجد وفسره بكل من يسمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق
وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وقال الشافعي الجوار الى اربعين
دارا وهو بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى
والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل
عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن **قال** ومن اوصى لاصهاره فالوصية

لكل

لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم
منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان
الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر
يستحق الوصية وان كان في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت **قال** ومن اوصى لاختانه فالوصية لكل زوج
ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي
عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل **قال** ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه
ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقالا
الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف
تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون
اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود
من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه
ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه
عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد
بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي الى الاب الادنى **قال**
واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب
كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية
كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد
فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك
عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى
والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا

او اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع
ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان
فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
قال ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى
لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او
لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون
امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى
لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في
الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان
كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد
الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا
اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ
عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم
اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه
الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم والذكر والانثى سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه
فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر
انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة

ولنا

ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ
واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية
تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون
لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر
لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي
وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف
انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة
في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل
فيه موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه
باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز
فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابوه
لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض
لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان
المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان
ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف
عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك
على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال
فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه
الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة
اثلاثا تحقيقا للتسوية بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار
اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي

المهاياة لتقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان
الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من
ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى
له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا
له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه
قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من
غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها
تعلق بالموت على ما بينا من قبل قال ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه
او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع
وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك
المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية
لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى
ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة
الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل
والوصية تبرع غير لازم ~~ولا يملك الاقوى~~ الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع
بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة وانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة
حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض
كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان
يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان
الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه

من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل
العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة
فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان
بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل
القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل
ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك
ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له
فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة
بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة
لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الاخر فيعتبر بهذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم يوص في الرقبة لبقي لصاحب الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا
اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما
يثبت بعد الموت وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهي
تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها
من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل
كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول
محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذا في اخواتها لابي يوسف ان ايجابه في
الكلام الثاني تبيين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد
وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة
الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها
واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة
بمنزلة الخاص وقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجابه الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما
اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة
وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره

لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال** ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد **قال** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه لا يجوز ايراد العقد عليهما اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما **قال** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين **قال** ولو اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة

معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملكه بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فبقي ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم التحرز بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى ان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو بمنزلة المسلم في حق الوصية لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى لهم مسلم

او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية قال ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورد في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه

قال وان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كما في الوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنوب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتاب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله اضرارا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال

ومن اوصى

ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد باطل لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي

ان يعزله حتى يبيد وله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة
فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب
القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى
وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية
وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا
لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا
للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد
بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض
فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي
الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة
وقد قامت لكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها
من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول
اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي
عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية و
مواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في
شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران والرفقاء في
الطريق عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا
ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء
الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكها المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس
حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى
الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة
في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول
الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في
التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال
وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا

كان

كان المراد في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد
على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على
الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد
لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما
جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم
القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر
على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب
وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في
ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر
لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان
الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي
المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة
الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا
بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة
للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل
اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت
له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه
قد يعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بالايصاء
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره
والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة
عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا
بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته
عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس
بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير
مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرزه عند الوصي

كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه وله
ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث ما بقي
لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي
على الشركة **قال** فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له
بثلث ما بقي لما بينا **قال** وإن كان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده
حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إن دفع إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال أبو
يوسف إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء وإلا رجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع
بشيء لأن القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا إذا أفرزه الوصي الذي قام مقامه ولأبي يوسف أن محل الوصية
الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها فإذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولأبي حنيفة أن
القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك
قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض
لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن أوصى بثلث
ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة
لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته
والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه
فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال وإذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لأن الوصي قائم
مقام الموصي ولو تولاه حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته
فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق
الاستسعاء أما هنا بخلافه **قال** ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على
المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده ثم استحق العبد ضمن الوصي لأنه
هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن
إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه
رده **قال** ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة
يقول لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه

اولا

يرجع

يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه
يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي
وأمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء
إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير
عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فإن كانت
التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر
قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن
فهلك الثمن واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه **قال** وإذا احتال الوصي بمال اليتيم
فإن كان خيرا لليتيم جاز وهو أن يكون أملأ إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملأ
لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه **قال** ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه
إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز
عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز
بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن
فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله **قال** وإذا كتب
كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لأن ذلك
أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد الشهادة في الشراء بغير تفصيل فيصير ذلك حملا له
على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لأن
الوصاية تعلم ظاهرا **قال** وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في
العقار لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك
الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسنا لما أنه حفظ
لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه
قال ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد
وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي
الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون
ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم **قال** والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي

من فلان بن فلان ولا يكتب صح

الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه
ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه
كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر
لبنيه من تصرف ابيه **قال** فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه
واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب عليه في التصرف
لما بينا **فصل** في الشهادة واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان
معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان
يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي **قال** وكذلك الابنان
معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره
فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به **قال**
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة
لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال**
واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين
بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم
لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة فيما
ذكره الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة
وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر
حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة
فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق
الشركة **قال** ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما انه
اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه

ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه تثبت لهما مع

يوسف مع

اوصى

اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت
اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي
باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله تعالى احكم واعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه **قال** واذا كان للمولود فرج وذكر
فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان
النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان
البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا
في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة
ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة
وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر
واذا كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى
وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له
ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن
في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات
النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه **قال** الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق
في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد
صلاتهم ولا النساء فتفسد صلاته لاحتمال انه رجل فان قام في صف النساء فاحب
الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد
الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة
قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد
ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان
يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه ويبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان تختنه رجل

لاحتمال أنه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وإن لم يكن له
مال ابتاع الإمام من بيت المال أمة لأنه أعد لنوائب المسلمين فإذا ختنته باعها ورد ثمنها
في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر مع
غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم
لي بلباسه لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط وإن كان أنثى يكره له تركه وقال محمد
يلبس لبس المرأة لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء
عليه لأنه لم يبلغ قال ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلده غلاما فولدت
خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمر الخنثى لأن الحنث لا يثبت بالشك قال ولو قال كل عبد لي
حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وإن قال القولين
جميعا عتق للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل
قوله إذا كان مشكلا لأنه دعوى تخالف قضية الدليل وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل
قوله لأنه أعلم بحاله من غيره وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لأن
حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى وإن سجي قبره فهو
أحب لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا وإن كان ذكرا فالتسجية لا تضره وإذا مات فصلي عليه
وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر
عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع الرجل في قبر
واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وإن
كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب
إلي لاحتمال أنه عورة ويكفن كالجارية وهو أحب إلي يعني في خمسة أثواب لأنه إذا كان
أنثى فقد أقيمت سنة وإن كان ذكرا فقد زاد على الثلث ولا بأس بذلك وإن مات
أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى
عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
أنثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر
سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة
وللخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع فعند

كما تكفن ح
أثلاثا ح

الاجتماع

الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب بأربعة فيكون سبعة
ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال
بينهما أثلاثا فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما
نصفان لكل واحد ثلاثة وفي حال أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فتضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن
سبعة ولأبي حنيفة أن الحاجة هنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى
متيقن وما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك
لا سيما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا
هذا إلا أن نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيبا لأن في تلك الصورة يكون
متيقنا به وهو أن يكون الورثة زوجا وأما وأختا لأب وأم هي خنثى أو امرأة
وأختين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى فعنده في الأول للزوج النصف وللأم الثلث
وأما في الثانية للمرأة الربع وللأختين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل
النصيبين فيهما مسائل شتى قال وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد
عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار
فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لأن المجوز
إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارض كالوحشي والمتوحش
من الأهلي في حق الذكاة والفرق لأصحابنا أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة
معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له
إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية
إلى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارض على شرف الزوال
دون الأصلي فلا يستويان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال وإذا كان الأخرس
يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه و
يقتص له ومنه ولا يحد له ولا يحد أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا
ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب
والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الأخرس أظهر وألزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم

يكون ح
فأوجبنا له ح
يكون ح
للخنثى ح

كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه بمنزلة الكناية في الصريح بمنزلة صريح
الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام
غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه
الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد
تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله
تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد
ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود
والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطء الحرام
او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بالقتل المطلق
يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد
اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب
عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون
مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا
كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة على ان الاشارة
معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة
مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار
او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتاب زيادة بيان لم توجد
في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من
آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لان في المعتقل
ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم
مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة
اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة
يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالذي
يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة
فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت

المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة
لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة
الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح
التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف
ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم بالصواب.